

O Princípio da Proporcionalidade
e a Interpretação da Constituição

Aluno: *PAULO ARMINIO TAVARES BUECHELE*

*Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina,
como requisito para a obtenção do Título de Mestre
em Ciências Humanas - Especialidade Direito*

Orientador: *Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin*

Florianópolis/SC

Outubro - 1997

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - CPGD

NÍVEL MESTRADO

A dissertação:

"O Princípio da Proporcionalidade
e a Interpretação da Constituição"

Florianópolis, 10 de Outubro de 1997

BANCA EXAMINADORA


Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin

Presidente


Prof. Dr. César Luiz Pasold

Membro Titular


Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski

Membro Titular


Profa. Msc. Renata Raupp Gomes

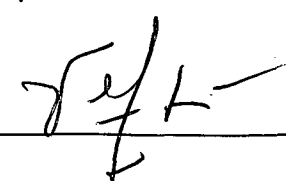
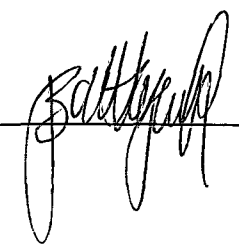
Membro Suplente

Prof. Orientador de Dissertação:

Dr. Volnei Ivo Carlin

Prof. Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Ubaldo Cesar Baltazar
Coordenador CPGD/CCJ/UFSC

A

Beatriz, Isadora e Roberto,
razão e fim deste trabalho,
com todo o amor e a certeza
de que terá valido à pena.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais,
que nunca me ensinaram a conjugar o verbo desistir.

Aos meus insubstituíveis sócios,
J. J. Maurício d'Avila e Roque Silva Machado,
cujo apoio profissional, incansável e desinteressado,
é próprio dos verdadeiros amigos.

Ao meu estimado Orientador,
Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin,
pela paciência e, sobretudo, pela inabalável confiança.

Ao meu dileto amigo Ruy Samuel Espíndola,
colaborador bibliográfico e incentivador permanente
deste trabalho.

Ao Prof. Dr. César Luiz Pasold,
pelas ricas contribuições doutrinárias;
ao Dr. Péricles Prade,
pela insuperável biblioteca, sempre disponível;
e ao amigo Dário Pagel,
pelo francês impecável.

A todos os que, de uma forma ou de outra,
torceram por mim.

RESUMO

Esta dissertação tem por objetivo principal enfrentar o tema, ainda novo e pouco desbravado, do Princípio da Proporcionalidade como instrumento jurídico, posto à disposição do intérprete, na realização da tarefa de dar sentido à norma constitucional.

Investigando a Doutrina nacional que se vem consolidando sobre a matéria e, especialmente, a Jurisprudência da Suprema Corte brasileira, o presente trabalho procura descrever as formas de uso do citado Princípio no intrincado campo da Hermenêutica Constitucional.

Parte a dissertação, em seu primeiro capítulo, das noções indispensáveis à compreensão da Hermenêutica do Direito em geral - mais especificamente da norma infraconstitucional -, com seus métodos tradicionais de interpretação (gramatical, lógico, sistemático, histórico e teleológico), elencando-se algumas das principais Escolas exegéticas que se formaram, no Direito Ocidental, a partir do Código Civil francês do início do século XIX.

O segundo capítulo tenta mostrar a incompletude desses métodos tradicionais para a missão de interpretar a Lei Maior, tornando indispensável o desenvolvimento de métodos e princípios de interpretação constitucional específicos, definidos, estes últimos, como conjunto de valores jurídicos-culturais e de parâmetros de seleção dos *topoi* (pontos de vista) que

deverão ser levados em conta pelo intérprete na atribuição de sentido às normas fundamentais, concretizando-as. Os limites da função interpretativa e a figura do intérprete também merecem destaque neste tópico do trabalho.

O derradeiro capítulo versa sobre o Princípio da Proporcionalidade (ou da Razoabilidade) - seus conceitos, elementos (subprincípios) e desenvolvimento histórico (nos EUA, Alemanha e Brasil) - encerrando com a descrição do seu uso como princípio de hermenêutica constitucional para a solução de situações concretas, como o demonstra a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, as considerações finais sintetizam as principais idéias lançadas em cada tópico da obra, sem qualquer pretensão de se constituírem em conclusões definitivas sobre o tema.

RÉSUMÉ

Cette recherche a pour but d'analyser le thème, encore nouveau et peu débattu, du Principe de la Proportionnalité en tant qu'instrument juridique mis à la disposition de l'interprète pour expliquer la règle constitutionnelle.

En examinant la Doctrine nationale qui se développe dans ce domaine et, spécialement, la jurisprudence de la Cour Suprême brésilienne, cette étude cherche à décrire les formes d'utilisation de ce principe dans le difficile domaine de l'Interprétation de la Constitution.

Le premier chapitre traite des notions indispensables à la compréhension de l'interprétation du Droit en général - plus spécifiquement de la règle infraconstitutionnelle - avec ses méthodes traditionnelles d'interprétation (grammaticale, logique, systématique, historique et téléologique). Quelques-unes des principales Écoles exégétiques qui se sont formées dans le Droit Occidental depuis le Code Civil français du début du XIXème siècle sont présentées.

Le deuxième chapitre essaie de montrer que ces méthodes traditionnelles d'interprétation de la Constitution sont incomplètes, ce qui rend indispensable le développement de méthodes et de principes d'interprétation constitutionnelle spécifiques, définis comme un ensemble des valeurs juridiques et culturelles et des paramètres de sélection des *topoi* (points

de vue) dont l'interprète devra tenir compte dans l'interprétation des règles fondamentales en vue de leur concrétisation. Les limites de la fonction interprétative et de rôle de l'interprète sont également évoqués dans ce travail.

Le dernier chapitre aborde, d'une part, le Principe de la Proportionnalité (ou de la "Raisonnabilité") - ses concepts, ses éléments (sous-principes) et son développement historique (aux États Unis, en Allemagne et au Brésil) - et, d'autre part, la description de son utilisation comme principe de l'interprétation constitutionnelle pour la solution de situations concrètes, comme le démontre la jurisprudence plus récente du Tribunal Fédéral Suprême.

Les considérations finales regroupent les principales idées de chaque chapitre sans prétendre constituer une conclusion définitive sur le sujet.

SUMARIO

<i>AGRADECIMENTOS</i>	I
<i>RESUMO</i>	II
<i>RESUMÉ</i>	IV
<i>INTRODUÇÃO</i>	1
 <i>CAPITULO I - A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: NOÇÕES FUNDAMENTAIS</i>	 9
1.1. A Norma Jurídica: Tentativa de Conceituação	9
1.2. O Conceito de Princípio de Direito como Norma Jurídica e sua distinção das Regras Jurídicas	15
1.3. Interpretação do Direito e Hermenêutica Jurídica ...	20
1.4. As Espécies de Interpretação	25
1.4.1. Quanto ao Agente	26
1.4.1.1. Interpretação Pública	26
1.4.1.2. Interpretação Privada	29
1.4.2. Quanto à Extensão	30
1.4.2.1. Interpretação Declarativa	30
1.4.2.2. Interpretação Restritiva e Interpretação Extensiva	34
1.4.3. Quanto à Compreensão (Natureza)	38
1.4.3.1. A Interpretação Literal	38
1.4.3.2. A Interpretação Lógica	41

1.4.3.3. A Interpretação Sistemática	44
1.4.3.4. A Interpretação Histórica	46
1.5. Escolas Hermenêuticas e seus Métodos de Interpretação do Direito	48
1.5.1. A Escola da Exegese e o Método Gramatical	48
1.5.2. A Jurisprudência Conceitual e o Método Histórico-Evolutivo	51
1.5.3. A Jurisprudência Analítica e o Método Lógico-Formal	54
1.5.4. A Jurisprudência de Interesses e o Método Teleológico	56
1.5.5. A Escola da Livre Pesquisa Científica e o Método Empírico-Jurídico	58
1.5.6. A Escola do Direito Livre e o Método Indutivo ..	60
1.5.7. A Jurisprudência Sociológica Norte-Americana ...	62
1.5.8. O Realismo Jurídico Norte-Americano	63
1.5.9. O Realismo Jurídico Escandinavo (Escola de Upsala)	65
1.5.10. A Escola Ecológica e o Método Empírico-Dialético	66
1.5.11. A Hermenêutica Jurídica Crítica	67
 CAPITULO II - A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO	 71
 2.1. Conceito de Constituição	 71
2.2. A Hermenêutica Constitucional	77
2.3. Métodos de Interpretação Constitucional	83
2.3.1. Método Científico-Espiritual	84
2.3.2. Método Hermenêutico-Concretizador	86
2.3.3. Método Tópico-Problemático	90

2.3.4. Metodica Jurídica Normativo-Estruturante	95
2.4. Princípios de Interpretação Constitucional: Conceitos	99
2.5. Os Princípios de Interpretação Constitucional, segundo Konrad Hesse e J. J. Gomes Canotilho	103
2.5.1. Princípio da Unidade da Constituição	103
2.5.2. Princípio do Efeito Integrador	105
2.5.3. Princípio da Máxima Efetividade	106
2.5.4. Princípio da Conformidade Funcional	108
2.5.5. Princípio da Concordância Prática (Harmonização)	109
2.5.6. Princípio da Força Normativa da Constituição ...	111
2.5.7. Princípio da Interpretação Conforme a Constituição	115
2.6. Os Limites da Interpretação Constitucional	117
2.7. Os Sujeitos da Interpretação Constitucional	120
 CAPITULO III - O PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE E A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO	 126
 3.1. Definições a respeito do Princípio da Proporcionalidade	 126
3.2. Os Elementos ou Subprincípios do Princípio da Proporcionalidade	131
3.2.1. Adequação de Meios (Conformidade ou Idoneidade)	132
3.2.2. Necessidade	137
3.2.3. Proporcionalidade em Sentido Estrito	139
3.3. Síntese Histórica do Princípio da Proporcionalidade	143
3.3.1. O Princípio da Razoabilidade no Direito Norte- Americano	145
3.3.2. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Alemão	150

3.4. O Princípio da Proporcionalidade na Constituição Brasileira do 1988: O Artigo 5º, Inciso LIV	153
3.5. O Princípio da Proporcionalidade e o Supremo Tribunal Federal: Alguns Precedentes	161
3.6. O Princípio da Proporcionalidade também é Princípio de Interpretação Constitucional	176
CONSIDERAÇÕES FINAIS	188
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	201

INTRODUÇÃO

Tema por demais instigante, a interpretação constitucional finalmente começa a merecer dos autores brasileiros a atenção que a ela vem sendo dispensada, de longa data, pela Doutrina e Jurisprudência estrangeiras, conforme retrata o significativo número de obras e precedentes publicados sobre o assunto, especialmente nos Estados Unidos, Alemanha e Portugal.

Nítida é, aliás, nas últimas décadas, a influência de notáveis constitucionalistas lusitanos - do quilate de J. J. GOMES CANOTILHO e JORGE MIRANDA, por exemplo - sobre os estudiosos do Direito Constitucional pátrio, o que tem, por certo, estimulado estes últimos a incrementar a bibliografia nacional sobre o assunto, no mais das vezes com um produto final de excelente qualidade científica.

A presente dissertação, porém, não pretenderá ser um novo manual dedicado à "teoria científica da arte de interpretar" a lei, na clássica definição de Hermenêutica Jurídica lapidada por CARLOS MAXIMILIANO; nem tampouco concentrar-se-á no estudo da interpretação da Constituição, com seus métodos e princípios próprios, tão mais complexos do que aqueles utilizados na exegese da norma infraconstitucional.

Todavia, embora não sendo o cerne do trabalho acadêmico ora apresentado, ambos os temas - a interpretação da lei e a da Constituição, com suas semelhanças e distinções -

serão aqui tratados com a necessária profundidade, na medida em que o desiderato maior deste estudo consistirá na [abordagem de um dos mais importantes princípios da nossa vigente Carta Política - a Proporcionalidade ou Razoabilidade - como um princípio também de interpretação constitucional.]

Assim, a dissertação, no primeiro de seus três capítulos, incursiona pelas noções fundamentais da interpretação do Direito, iniciando por uma tentativa de conceituação da norma jurídica e de suas duas espécies, os princípios e as regras, cuja principal diferença se mostra mais clara, segundo ALEXY, nos momentos de conflito: entre duas regras, esse conflito somente se resolve com o surgimento de uma terceira, denominada "cláusula de exceção", ou se uma das conflitantes for declarada nula, pois, juridicamente, apenas uma delas poderá valer e ser aplicável em um determinado caso concreto; ao contrário, numa hipótese de colisão de princípios, não haverá anulação de nenhum deles, muito menos introdução de um terceiro de exceção. Ambos continuarão valendo e prosseguirão potencialmente aplicáveis em outras situações. Contudo, em um dado caso concreto, preponderará sobre o outro (que recuará) aquele princípio que, na concepção de ALEXY, tiver "maior peso", isto é, maior valor, na solução da questão específica apresentada ao intérprete.

Isto posto, o capítulo inicial do trabalho passa a investigar o próprio conceito de interpretação do Direito, enfatizando a idéia essencial de que o resultado da tarefa do intérprete da norma se traduz sempre em um ato de criação de

direito, posto que a ele cabe, fundamentalmente, em cada ação interpretativa, atribuir sentido à norma na solução do caso concreto e não apenas revelar um sentido pré-existente, supostamente nela contido.

O primeiro módulo da dissertação se encerra com o exame analítico das diversas espécies de interpretação e, ato contínuo, procura sintetizar o pensamento de algumas das principais Escolas Hermenêuticas do Direito, desde o advento do Código Napoleônico, citando seus respectivos protagonistas e os métodos interpretativos desenvolvidos por cada uma.

A seu turno, o capítulo segundo centra a atenção na exegese da Constituição, tentando sublinhar todas as peculiaridades que caracterizam a interpretação de um ordenamento jurídico-político.

Em face da própria classificação da Constituição em real, substancial (material) e formal, com a ênfase diferenciada dada a cada um de seus aspectos por estas três formas de conceituar a Lei Fundamental, distintos também serão os reflexos sobre o modo de interpretá-la.

Se é certo, porém, que ainda subsiste a controvérsia sobre qual dos aspectos é preponderante em uma Constituição - o jurídico ou o político -, a realidade é que, no momento de dar sentido à norma constitucional, não poderá o intérprete desprezar o seu conteúdo essencialmente político, sob pena de não atingir seu propósito primordial, que é a solução satisfatória do conflito e o estabelecimento da paz social. Nesse timbre, CANOTILHO é o primeiro a preconizar

que a existência dos valores políticos na tarefa da interpretação legitima o recurso aos princípios políticos constitucionalmente estruturantes, mas desde que tais valores estejam retratados no próprio texto da norma constitucional e que reste afastada qualquer idéia de antinomia ou de hierarquia entre os referidos princípios políticos e outros também consagrados pela Lei Superior.

Ou como assevera LUIS ROBERTO BARROSO, respaldado em sólida doutrina estrangeira: "A interpretação da Constituição, a despeito do caráter político do objeto e dos agentes que a levam a efeito, é uma tarefa *jurídica*, e não política. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação exigíveis das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Uma Corte Constitucional não deve ser cega ou indifferente às conseqüências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum. Mas somente pode agir dentro dos limites e das possibilidades abertas pelo ordenamento. Contra o direito o juiz não deve decidir jamais. Em caso de conflito entre o direito e a política, o juiz está vinculado ao direito" (1).

A seguir, são descritos [quatro métodos específicos de hermenêutica constitucional - o Científico-Espiritual, o Hermenêutico-Concretizador, o Tópico-Problemático e o Normativo-Estruturante -, com as particularidades que caracterizam

(1) BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 106.

cada qual, mas tendo por desiderato único auxiliar o agente da interpretação a obter da norma a solução para o caso concreto posto a exame.]

[Qualquer desses métodos, por sua vez, para atingir o resultado pretendido, terá necessariamente que ser utilizado pelo intérprete em conjunto com os denominados "Princípios de Interpretação Constitucional",] objeto do quarto e quinto itens do segundo capítulo da presente dissertação. [A esses princípios - Unidade da Constituição, Efeito Integrador, Máxima Efetividade, Conformidade Funcional, Concordância Prática, Força Normativa da Constituição e Interpretação Conforme a Constituição] - compete a missão insuperável, consoante KONRAD HESSE, de orientar e supedanear o processo de relação, coordenação e valoração dos pontos de vista (*topoi*) ou considerações que devem conduzir à solução do problema concreto.

O capítulo intermediário conclui-se com uma breve notícia sobre as questões dos limites e dos sujeitos da interpretação constitucional. [Quanto ao tema do agente da atividade interpretativa, muito interessante se apresenta a tese desenvolvida pelo jurista alemão PETER HÄBERLE, o qual, com seu já famoso "Método Concretista da Constituição Aberta", preconiza um alargamento maior do círculo de intérpretes da Lei Suprema, transformando todo cidadão - e não apenas o profissional do Direito (juiz, advogado, promotor) - em sujeito capaz de dar sentido concreto à norma constitucional. Sentido este que, quando representativo do pensamento de expressiva maioria da sociedade, mesmo não dotado de força vinculante para a solução

do problema, não raro acaba por influenciar a própria decisão judicial, mormente em questões de natureza constitucional com nítido conteúdo político. 7

Nessa seara, aliás, é que se destaca o Princípio da Proporcionalidade como princípio de interpretação da Constituição - tema do terceiro e último capítulo do presente trabalho.

Após serem divisadas algumas definições doutrinárias que destacam a proporcionalidade (ou razoabilidade) como parâmetro de controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos e/ou judiciais, o princípio é decomposto e examinado sob o prisma de seus três elementos (ou sub-princípios): a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Não preenchendo a norma qualquer desses três elementos ou não se conformando com eles o ato administrativo ou judicial produzido pela respectiva autoridade, deverão ser considerados inconstitucionais, por violação ao Princípio da Proporcionalidade.

A origem de tal princípio se encontra no Devido Processo Legal anglo-saxão, esboçado na Magna Carta de João Sem Terra, em 1215. Todavia, a consagração da idéia de razoabilidade ocorreu realmente nos Estados Unidos, a partir da edição da XIV Emenda Constitucional, em 1868, e da criação jurisprudencial da Suprema Corte a respeito do chamado *Substantive Due Process of Law*. O item 3 do último capítulo procura oferecer uma breve síntese da evolução histórica do princípio nos EUA e na Alemanha, países que, tendo

Constituição escrita como o Brasil, desenvolveram sólida base jurídico-filosófica para a utilização do critério da proporcionalidade como instrumento de controle de constitucionalidade e de interpretação da própria Constituição.

Os dois itens seguintes versam sobre o desenvolvimento do Princípio da Proporcionalidade no Brasil, especialmente após a promulgação da Carta Política de 05 de Outubro de 1988, quando o Supremo Tribunal Federal passou a usar, mais amiúde, o critério da razoabilidade na solução de questões de ordem constitucional envolvendo direitos fundamentais, tendo por espelho e inspiração a jurisprudência norte-americana do *Devido Processo Legal Substantivo*. Nessa parte, alguns arestos produzidos pelo Pretório Excelso brasileiro sobre o tema são parcialmente transcritos e analisados, tentando descrever como se deu o uso do princípio nos respectivos casos.

E, finalmente, o desfecho da dissertação se volta para [a questão específica do Princípio da Proporcionalidade como mais um princípio de interpretação constitucional] ao lado daqueles elencados no segundo capítulo, a partir das lições de HESSE e CANOTILHO. O propósito, ali, é mostrar, com apoio na doutrina, de que modo pode tal princípio prestar-se a essa nobre função, [sem correr o risco de se desvirtuar nas mãos do Judiciário, com o comprometimento do também consagrado Princípio constitucional da Independência Harmônica dos Poderes do Estado. A razoabilidade não pode significar a concessão de uma perigosa prerrogativa ao juiz de decidir a causa baseado

exclusivamente na sua própria noção subjetiva de justiça. Deve, ao contrário, ser um princípio cientificamente definido, que orientará o magistrado na solução do conflito e consonância com o próprio ordenamento constitucional.]

Os métodos utilizados no presente trabalho acadêmico foram: para a pesquisa do tema, o indutivo, e para o relato do trabalho, o dedutivo.

Quanto à bibliografia pesquisada - com as restrições impostas, de um lado, pela ainda pequena produção brasileira sobre o assunto e, de outro, pela falta de domínio, por parte do autor da dissertação, nas línguas inglesa e germânica - procurou colacionar obras nacionais e estrangeiras em número suficiente para a apresentação e fundamentação das idéias aqui defendidas, sem qualquer pretensão, todavia, de esgotar a matéria tratada e, sim, como mais uma contribuição doutrinária para o debate de tema tão intrincado e estimulante.

Cumpre, por fim, sublinhar que é exclusivamente do autor a responsabilidade pelo conteúdo do presente trabalho, inclusive no tocante à sua ideologia.

CAPITULO I

A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: NOÇÕES FUNDAMENTAIS

1.1. A NORMA JURIDICA: TENTATIVA DE CONCEITUAÇÃO

Definir a norma jurídica não é tarefa simples. **MARIA HELENA DINIZ**, constatando a velocidade com que os conceitos modificam-se no tempo, não raro complicando em vez de esclarecer as idéias neles contidas, adverte que "quem quiser orientar-se acerca do problema do conceito da norma jurídica encontrar-se-á, portanto, diante de uma imensidão caótica de orientações e pontos de vista diferentes que lhe não será fácil dominar" (2).

Inobstante isso, é absolutamente fundamental, para se lançar no estudo do tema da interpretação do Direito, que o hermenauta inicie sua empreitada a partir da noção de norma jurídica, a qual constitui parte essencial do próprio Direito.

Ainda com **MARIA HELENA DINIZ**, "este conceito deve dar-nos a essência do jurídico, deixando de lado todos os qualificativos específicos e individuais, abrangendo todas as

(2) **DINIZ, Maria Helena. Teoria Geral do Direito Civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, V. 1, p. 19.**

normas jurídicas que existiram, existem e não de existir, servindo para a norma civil, penal, administrativa, tributária, processual etc. Sendo aplicável ao ordenamento de um povo primitivo ou de um Estado civilizado, compreende, igualmente, as normas justas como as injustas, pois o sentido da norma jurídica deve ser apenas a intenção de realizar a justiça e não seu logrado cumprimento" (3).

Observados tais parâmetros, os autores procuram encontrar, na norma jurídica, as características que a identificam e que a distinguem das demais normas, sob óticas não menos diferenciadas. Para alcançar os fins almejados pelo presente trabalho, limitar-nos-emos a colacionar algumas dessas tentativas de conceituação.

Assim, para o normativismo kelseniano, as normas jurídicas, e não as condutas humanas, são o próprio objeto da ciência jurídica. *KELSEN*, em sua "Teoria Pura do Direito", assevera que "a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas" (4).

Para o mestre de Viena, "norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou,

(3) *ibidem*, p. 21.

(4) *KELSEN*, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 3. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 77.

especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Nesse ponto é importante salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser" (5).

E vaticina: "As normas jurídicas, por sua vez, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência. Em todo o caso, não são - como, por vezes, identificando Direito com ciência jurídica, se afirma - instruções (ensinamentos). O Direito prescreve, permite, confere poder ou competência - não 'ensina' nada" (6).

Enfatizando também o aspecto da imperatividade como característica essencial genérica e importantíssima da norma jurídica, **MARIA HELENA DINIZ** adota o conceito de Goffredo Telles Jr. - "imperativo autorizante" -, assim o explicando: "Para Goffredo Telles Jr., a essência específica da norma de direito é o *autorizamento*, porque o que compete à norma é autorizar ou não o uso dessa faculdade de reação do lesado. A norma jurídica autoriza que o lesado pela violação exija o

(5) *ibidem*, p. 5.

(6) *ibidem*, p. 79.

cumprimento dela ou a reparação pelo mal causado. (...). É, portanto, a norma jurídica que autoriza o uso da faculdade de coagir, legitimando-a. A coatividade é do lesado, mas o autorizamento para o seu uso é da norma jurídica. Logo, o autorizamento é condição para o uso lícito da coatividade, sendo o elemento necessário e específico da norma jurídica, distinguindo-a das demais normas" (7).

A autora conclui o seu raciocínio, a respeito da definição de norma jurídica, afirmando que "o elemento 'imperativo' revela seu gênero próximo, incluindo-a no grupo das normas éticas que regem a conduta humana, diferenciando-as das leis físico-naturais. E o 'autorizante' indica sua diferença específica, distinguindo-a das demais normas, pois só a jurídica é autorizante" (8).

Contrapondo-se à concepção kelseniana da norma jurídica como um imperativo ou uma ordem, **CARLOS COSSIO**, no ensaio "*La Norma y el Imperativo*", a vislumbra como um juízo. Isto porque: a) tal qual os juízos, as normas permitem uma reiteração, sem a perda de seu sentido, o que não se dá com os imperativos ou ordens; b) a estrutura essencial do imperativo resume-se aos seus quatro componentes, a saber: "1) o sujeito que dá a ordem; 2) a ordem mesma como expressão de um sentido imperativo dirigido à conduta de outro; 3) o sujeito que recebe

(7) DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 27-8.

(8) *ibidem*, p. 28.

a ordem, compreendendo-a como tal, e que a obedece ou a desobedece; e 4) a obediência ou desobediência mesma, como o fazer ou não fazer o ordenado de forma que este fique configurado na estrutura da alternativa. Ao contrário, o ser do juízo não pode ser extraído de qualquer situação objetiva, porque o juízo é, ele próprio, um ato vivencial" (9); c) no plano cognoscitivo da verdade, o juízo como a norma admitem a consideração lógica da alternativa verdadeiro-falso, enquanto isso não se passa com o imperativo, dada a sua condição ôntica de objeto real.

Para a Teoria Ecológica de *COSSIO*, em síntese, o Direito é conduta e não norma, subvertendo a conclusão apresentada pelo normativismo kelseniano, que vê na norma, e não na conduta humana, o objeto da Ciência Jurídica.

Todavia, a norma jurídica, para *COSSIO*, é o juízo capaz de pensar a conduta, razão por que nem mesmo em sede de hermenêutica jurídica, que na Teoria Ecológica passa a ter por objeto a interpretação da conduta e não da norma, esta última pode ser relegada a um segundo plano. A interpretação da conduta se haverá de fazer sempre mediante a norma, posto que "somente ela, como fonte de direito, poderá transformar a interpretação jurídica da conduta, a valoração jurídica, pois, em uma valoração conceitualmente emocional. Se o juiz

(9) MACHADO NETO, A. L. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 154.

procedesse a essa valoração de modo livremente emocional, isto é, sem atendimento às fontes do direito, teríamos o império da subjetividade e, pois, da insegurança. Isso ocorreria se o juiz julgasse apenas segundo sua consciência. Há todavia, um velho brocardo jurídico - do qual a concepção egológica vai buscar o sentido profundo - segundo o qual o juiz deve julgar de acordo com sua *ciência* e *consciência*. O termo *consciência* refere, aí, o imprescindível elemento emocional ou valorativo, enquanto que a *ciência* aí referida é o conhecimento das fontes do direito (conceitual), ou seja, daquelas instâncias de intersubjetividade (a objetividade que nessa matéria estimativa é comunitariamente possível), mediante as quais a interpretação jurídica da conduta logra força de convicção" (10).

Já **MIGUEL REALE**, ao conceituar a norma jurídica a partir de sua Teoria Tridimensional do Direito, destaca a íntima relação daquela com a noção de Poder, na medida em que toda norma de direito implica sempre um ato de decisão: "A norma de direito envolve, na realidade, um fato que, iluminado por valores, dá lugar a uma atitude humana e a uma decisão. Daí, repetimos, a importância do problema do *Poder* no processo de formação de cada complexo de relações jurídicas, visto como existe sempre um ato de *decisão*, de *opção* e de *ação* conseqüente, marcando o surgimento da norma, no quadro das múltiplas vias de possível e legítimo acesso ao mundo dos valores" (11).

(10) *ibidem*, p. 157-8.

(11) **REALE, Miguel**. *Filosofia do Direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 554.

As quatro noções de norma jurídica, acima sintetizadas, conquanto distintas e, por vezes, conflitantes, trazem-nos um substrato por ora suficiente para prosseguirmos na investigação do complexo tema da Hermenêutica Jurídica e, mais especificamente, da Constituição, até alcançarmos o desiderato final dessa dissertação, que será a defesa do Princípio da Proporcionalidade como princípio de interpretação da Lei Maior.

Antes, contudo, cumpre examinar os chamados "Princípios de Direito", instrumentos não menos essenciais para o exegeta da lei e do texto fundamental.

1.2. O CONCEITO DE PRINCIPIO DE DIREITO COMO NORMA JURIDICA E SUA DISTINÇÃO DAS REGRAS JURIDICAS

Sublinhando a natureza normativa dos princípios, *FABIO KONDER COMPARATO* observa que estes "são também normas jurídicas, mas de natureza logicamente anterior e superior às normas não principiais, as quais lhe são, por isso, subordinadas" (12).

No conceito de norma, entretanto, estão abrangidos tanto os princípios quanto as regras jurídicas, espécies do mesmo gênero que, todavia, não se confundem.

(12) *COMPARATO, Fábio K. "Eficácia Constitucional". Revista de Direito Público. São Paulo: RT, n. 98, p. 46-9.*

Tarefa complexa, porém necessária para a própria atuação do intérprete do Direito, cumpre bem distinguir princípio e regra, de acordo com os seguintes critérios sugeridos por J. J. GOMES CANOTILHO: "a) O grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida; b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa; c) Carácter de fundamentalidade nos sistemas das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito); d) Proximidade da *idéia de direito*: os princípios são 'standards' juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (DWORKIN) ou na 'idéia de direito' (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante" (13).

(13) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 172-3.

A diferenciação entre regras e princípios é, também, o cerne das teorias de *Dworkin* e *Alexy* sobre as normas jurídicas.

Para o primeiro, consoante *BONAVIDES*, "as regras são aplicáveis à maneira de tudo ou nada (*an all ou nothing*). Se ocorrerem os fatos por elas estipulados, averba ele, então a regra será válida e, nesse caso, a resposta que der deverá ser aceita; se tal, porém, não acontecer, aí a regra nada contribuirá para a decisão" (14).

"Sempre que se tratar de regra" - prossegue *Bonavides*, citando *Dworkin* -, "para torná-la mais precisa e completa, faz-se mister enumerar-lhe todas as exceções. O conceito de validade da regra é conceito de tudo ou nada apropriado para a mesma, mas incompatível com a dimensão de peso, que pertence à natureza do princípio. Entenda-se bem: peso ou valor" (15).

E arremata o emérito constitucionalista cearense sua análise da concepção do professor de Harvard sobre o tema: "A dimensão de peso, ou importância ou valor (obviamente, valor numa acepção particular ou especial), só os princípios a possuem, as regras não, sendo este, talvez, o mais seguro critério com que distinguir tais normas. A escolha ou a hierarquia dos princípios e a de sua relevância" (16).

(14) *BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 253.*

(15) *ibidem*, p. 253.

(16) *ibidem*, p. 253.

A seu turno, *Alexy* pontifica que tanto as regras como os princípios também são normas, porquanto ambos se formulam com a ajuda de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição. Ambos, igualmente, constituem fundamentos para juízos concretos de dever, malgrado fundamentos de espécies muito distintas.

Assim, *Alexy* vislumbra a diferença entre princípios e regras como uma diferença entre duas espécies de normas, surgindo como critério mais comum de distinção o da generalidade - isto é, "os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade" (17).

Mas *Alexy* não enxerga tão-só uma distinção de grau, e sim, especialmente, de qualidade, na medida em que entende os princípios como "normas de otimização, cuja principal característica consiste em poderem ser cumpridas em distinto grau e onde a medida imposta de execução não depende apenas de possibilidades fáticas, senão também jurídicas". Disso resulta, de acordo com o ilustre professor alemão, "que a esfera das possibilidades jurídicas se determina por princípios e regras de direção contrária. Por outro lado, as regras (...) são normas que podem sempre ser cumpridas ou não, e quando uma regra vale, então se há de fazer exatamente o que ela exige ou determina. Nem mais, nem menos" (18).

(17) *ibidem*, p. 249.

(18) *ibidem*, p. 250.

"Demais disso, como as regras contêm, desse modo, estipulações no espaço fático e jurídico do possível, isto significa, segundo ele, que, então, existe aí, entre as regras e os princípios, distinção qualitativa, e não de grau, e que toda norma é regra ou princípio" (19).

Entretanto, onde a diferenciação entre princípio e regra surge com maior transparência, para *Alexy*, é em torno da colisão de princípios e do conflito de regras. Afirma, então, o mestre germânico: "Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula (*ungültig*)" (20). "Juridicamente, segundo ele, uma norma vale ou não vale, e quando vale, e é aplicável a um caso, isto significa que suas conseqüências jurídicas também valem" (21).

Já com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, pois se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, um deles deverá recuar, isto não significando que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo ou que nele se introduza uma cláusula de exceção.

O que *Alexy* quer com isso dizer é que "os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera" (22).

(19) *ibidem*, p. 250.

(20) *ibidem*, p. 251.

(21) *ibidem*, p. 251.

(22) *ibidem*, p. 251.

Por conseguinte, se os conflitos de regras, sob a ótica de *Alexy*, desenrolam-se na dimensão da validade, a colisão de princípios - e só os princípios válidos podem colidir - "transcorre fora da dimensão da validade, ou seja, na dimensão do peso, isto é, do valor" (23).

Em face do exposto, para fixarmos um conceito abrangente de princípios, podemos dizer, com *JOSÉ AUGUSTO DELGADO*, que estes são "proposições diretoras de determinado ramo da Ciência, aos quais todo o seu desenvolvimento posterior se encontra subordinado" (24).

1.3. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E HERMENEUTICA JURIDICA

Interpretar algo, em qualquer ramo do conhecimento humano, consiste sempre numa atividade criadora, na medida em que ao intérprete compete a função de atribuir sentido ao objeto examinado, dando-lhe vida a cada operação interpretativa.

[Também no Direito é assim. A norma, a lei, o ato ou negócio jurídicos, por serem comandos ou permissivos expressos através de palavras, naturalmente dão margem a mais de um sentido possível para o seu texto, cabendo ao agente da interpretação o poder de eleger um dentre aqueles distintos

(23) *ibidem*, p. 251.

(24) *DELGADO, José Augusto. "A Tutela do Processo na Constituição de 1988 - Princípios Essenciais". Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 55, p. 81.*

significados compatíveis com a situação a ser regulada. "Por não ser um raciocínio formal e dedutivo, o raciocínio jurídico é quase sempre controvertido ou problemático. Logo a inferência desse raciocínio argumentativo não é uma conclusão obrigatória, mas uma decisão, um ato de poder, visto que se trata de uma decisão para outrem" (25).

Esse ato de poder, de decisão, para **KELSEN**, resulta justamente do fato de que "a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente" (26).

Pretender, assim, como defendia a jurisprudência tradicional, que da lei se possa extrair, sempre, a única solução correta para o caso concreto, não passa, para **KELSEN**, de uma "ficção", de um ideal somente realizável aproximativamente.

A interpretação autêntica - que, no normativismo kelseniano, é aquela feita pelo órgão aplicador do Direito - sempre cria Direito, seja na hipótese de o resultado da interpretação assumir a forma de uma lei ou de um tratado de Direito

(25) **ANDRADE, Cristiano J.** *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: RT, 1992, p. 14.

(26) **KELSEN, Hans.** Ob. cit., p. 366.

Internacional, com caráter geral, abrangendo todos os casos iguais, como também na hipótese de, pela interpretação, ser criada apenas uma norma individual (para um caso concreto) ou executada uma sanção. Em ambos os casos, há uma função voluntária, um ato de poder, uma decisão - um ato de criação, enfim.

E como todo ato de criação, a atividade interpretativa se reveste de um nítido componente artístico, como bem percebeu **CARLOS MAXIMILIANO**, em sua clássica obra: "A Interpretação, como as artes em geral, possui a sua técnica, os meios para chegar aos fins colimados. Foi orientada por princípios e regras que (sic) se desenvolveu e aperfeiçoou à medida que evoluiu a sociedade e desabrocharam as doutrinas jurídicas. A arte ficou subordinada, em seu desenvolvimento progressivo, a uma ciência geral, o Direito, obediente, por sua vez, aos postulados da Sociologia; e a outra, especial, a Hermenêutica. Esta se aproveita das conclusões da Filosofia Jurídica; com o auxílio delas fixa novos processos de interpretação; enfeixa-os num sistema, e, assim, areja com um sopro de saudável modernismo a arte, rejuvenescendo-a, aperfeiçoando-a, de modo que se conserve à altura do seu século, como elemento de progresso, propulsor da cultura profissional, auxiliar prestimosa dos pioneiros da civilização" (27).

(27) **MAXIMILIANO, Carlos.** *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* 11. ed. Rio: Forense, 1991, p. 1.

É a Hermenêutica Jurídica, portanto, a teoria científica que fornece ao intérprete o manancial técnico necessário para o alcance do almejado êxito em sua tarefa. Daí **MAXIMILIANO** ter definido esse ramo do Direito como "a teoria científica da arte de interpretar" (28).

Hermenêutica e interpretação, por conseguinte, são conceitos que não se confundem. Enquanto a função da interpretação é dar operacionalidade ao Direito, convertendo a norma geral e abstrata numa norma individualizada e concreta, a Hermenêutica não consiste numa atividade, mas em uma teoria científica, que tem por papel fundamental ordenar métodos e princípios próprios para o exercício da(s) operação(ões) interpretativa(s).

Desprezando, todavia, a natureza intrinsecamente artística da atividade interpretativa, **A. L. MACHADO NETO**, fazendo coro com a doutrina hermenêutica tradicional, conceitua a interpretação apenas como "o conjunto de operações lógicas que, seguindo os princípios gerais da hermenêutica e visando integrar o conteúdo orgânico do Direito, apura o sentido e os fins das normas jurídicas" (29).

O equívoco de tal concepção, a nosso ver, é seu caráter reducionista, partindo da premissa falsa de que a função do intérprete se limita a descobrir o sentido (ou a

(28) *ibidem*, p. 1.

(29) **MACHADO NETO, A. L.** *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 216.

"vontade") já preexistente na lei, através de operações lógicas sucessivas - quando, na verdade, o sentido da lei, em cada caso concreto, somente passa a existir no exato momento em que o intérprete o atribui, criando-o, observados os limites estipulados pela própria norma jurídica.

Nesse timbre, embora com alguns exageros, soa a Teoria Crítica da Interpretação do Direito, assim sintetizada por **LUIZ FERNANDO COELHO**: "A hermenêutica tradicional pressupõe certo grau de autonomia significativa das normas jurídicas, como se fosse possível descobrir um sentido preexistente, tal como a vontade do legislador, por exemplo, e que as expressões normativas reproduzem. Contra esse mito, a concepção crítica assume que o trabalho de descoberta de um sentido consiste, em verdade, numa atribuição de significado; ou seja, o intérprete não é nenhum autômato que, pelos procedimentos metodológicos, possa simplesmente descrever um significado autônomo e unívoco; ele é na verdade um *criador* de sentido e, como tal, o intérprete consiste numa instância ideológica de atribuição de significados heterônomos. Em outras palavras, não é o sentido da norma que se impõe ao jurista, mas é o jurista que estabelece o sentido da norma de acordo com sua formação cultural e ideológica, de sorte que é o jurista a única e autêntica fonte do direito" (30).

(30) **COELHO, Luiz Fernando**. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. 2. ed. Rio: Forense, 1981, p. 182.

O reparo que se faz, por ora, a essa visão crítica da interpretação jurídica diz respeito à desconsideração dos limites estabelecidos ao intérprete pela própria lei e, especialmente, pela Constituição. Ao jurista não será lícito interpretar a lei em conformidade, apenas, com a sua formação cultural e ideológica, sob pena de estar-se admitindo, aqui, hipóteses em que possa o juiz decidir livremente, em especial quando a lei parecer-lhe injusta. Como melhor se demonstrará no item referente aos "Limites da Interpretação Constitucional", se uma mudança nas relações fáticas pode, ou deve, provocar mudanças na interpretação da Lei Maior, "ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa" (31), devendo ser realizada uma revisão constitucional sempre que o sentido de uma proposição normativa (não confundir com a própria norma jurídica) não mais puder ser realizado.

1.4. ESPÉCIES DE INTERPRETAÇÃO

Seguindo classificação aceita pela doutrina brasileira, a interpretação jurídica pode ser definida sob três óticas distintas:

(31) HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1991, p. 23.

- 1.4.1. quanto ao agente que a executa;
- 1.4.2. quanto à extensão; e
- 1.4.3. quanto à compreensão (natureza).

1.4.1. QUANTO AO AGENTE

A interpretação, consoante o agente que a executa - isto é, "com base no órgão prolator do entendimento da lei" (32) - pode ser pública ou privada.

1.4.1.1. *Interpretação Pública*

É aquela perpetrada pelos agentes do poder público, ou seja, pelos membros do Legislativo, Executivo e Judiciário.

Denomina-se **autêntica** (ou legislativa), a seu turno, a interpretação oriunda do próprio órgão público produtor da norma interpretanda. Portanto, aqui, confundem-se intérprete e autor da norma.

Esta coincidência de papéis, segundo **LUIZ FERNANDO COELHO**, pode ocorrer sob três formas: "a) quando se refere à pessoa do agente; b) quando se refere à autoridade do agente; neste caso, embora tenha sido a norma elaborada por uma

(32) **FRANÇA, Rubens Limongi. Elementos de Hermenêutica e Aplicação do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1984, p. 23.

pessoa e interpretada por outra, ambas se revestem de idêntica autoridade; e c) quando não há coincidência nem de pessoas e nem de autoridade, mas o agente da interpretação é hierarquicamente superior ao fautor da norma; assim, um dos princípios basilares do direito administrativo atribui ao superior hierárquico a competência para avocar para sua própria decisão os atos de seus subordinados; em virtude desse princípio, a autoridade superior hierárquica interpreta autenticamente as normas dimanadas de autoridades hierarquicamente inferiores, por exemplo, o governador do estado pode interpretar as resoluções e portarias de um secretário de estado; neste caso a interpretação também é autêntica" (33).

Da interpretação autêntica distinguem-se, sempre de acordo com a doutrina dominante, aquelas ditas judiciária (judicial) e administrativa.

A primeira, realizada pelos órgãos revestidos do poder jurisdicional, "está intimamente entrosada com o problema da jurisprudência como forma de expressão de direito" (34), ao passo que a segunda consiste na interpretação executada, não apenas pelas autoridades do poder executivo, mas por qualquer órgão do poder público no exercício de sua competência administrativa.

(33) COELHO, Luiz Fernando. Ob. cit., p. 221-2.

(34) FRANÇA, Rubens Limongi. Ob. cit., p. 25.

Melhor explicando, a interpretação administrativa é aquela originária tanto dos agentes do poder executivo, quanto do legislativo e do judiciário, desde que estes últimos a realizem fora do âmbito de suas respectivas funções ordinárias (legislar e julgar). Exemplo: quando o juiz edita portaria regulamentando o horário usual de atendimento diário aos patronos das partes, ele está, na verdade, disciplinando o dispositivo do Estatuto dos Advogados que garante àqueles profissionais o direito de acesso ao magistrado, configurando, assim, uma interpretação administrativa, e não judicial, realizada pelo togado.

Cumpra nesse ponto, entretanto, recordar que **KELSEN**, em sua Teoria Pura do Direito, não distinguia a interpretação autêntica da judicial e da administrativa, posto que, ao contrário, considerava autêntica toda a interpretação feita pelos órgãos aplicadores do Direito (juízes e tribunais, especialmente) - sempre criadora -, diferentemente daquela procedida pela ciência jurídica (doutrina), qualificada como não-autêntica.

Pode-se, ainda, elencar uma quarta espécie de interpretação pública, que seria a chamada interpretação costumeira (ou usual).

Parte ela da admissão, pela Teoria do Direito, do costume interpretativo (*secundum legis*) e do costume integrativo (*proeter legis*). "Este procedimento" - de conformidade com **LUIS FERNANDO COELHO** - "é privado na medida em que o particular adere ao costume e participa espontânea e

inconscientemente da formação da regra jurídica correspondente; mas é *público*, sobretudo, porque a sua normatividade só se configura em função do todo social. Define-se pois o procedimento interpretativo costumeiro como o dimanado da coletividade como um todo mediante o costume jurídico, tendo como resultado a fixação do sentido de uma norma jurídica legislativa, jurisprudencial ou doutrinária" (35).

1.4.1.2. *Interpretação Privada*

"Levada a efeito pelo jurista, não como representante do poder público, mas na sua condição de pessoa privada" (36), admite duas modalidades ou procedimentos básicos: a interpretação doutrinária e a *casuística*.

A primeira tem origem no jurista, como cientista do direito, que expressa suas opiniões em obras científico-jurídicas e pareceres. Já a última vem representada pela "atividade científica e profissional diuturna dos advogados, magistrados, promotores de justiça e outros profissionais e juristas, os quais realizam a interpretação de normas jurídicas com vistas à sua potencial ou atual aplicação aos casos concretos trazidos a seu conhecimento pelas partes, a demandarem a competente orientação, quando não a solução dos litígios" (37).

(35) COELHO, Luiz Fernando. Ob. cit., p. 223.

(36) *ibidem*, p. 223.

(37) *ibidem*, p. 224.

Concordamos, integralmente, com a assertiva de **LUIZ FERNANDO COELHO** de que é no procedimento casuístico que se revela "toda a plenitude da dignidade da Jurisprudência, e o real alcance científico das atividades do jurista, pois todo o conhecimento jurídico na dimensão dogmática é um ato decisório" (38). O advogado, o consultor jurídico e o órgão do Ministério Público, no processo de interpretação da norma jurídica no caso concreto, praticam, cada qual, sucessivos e relevantíssimos atos decisórios (definição do tipo de ação a ajuizar, viabilidade da pretensão ajuizada, proposição ou não da ação etc.), objetivando a obtenção da decisão maior representada pela sentença judicial, cujo fim, sempre almejado, é a solução do conflito e o estabelecimento da paz social.

1.4.2. QUANTO À EXTENSÃO

Nessa modalidade, a interpretação é classificada "com base no alcance maior ou menor das conclusões a que o intérprete chegue ou tenha querido chegar" (39), podendo ser **declarativa, restritiva ou extensiva**.

1.4.2.1. *Interpretação Declarativa*

(38) *ibidem*, p. 224.

(39) **FRANÇA**, Rubens Limongi. Ob. cit., p. 24.

Supedaneado em conhecida lição de *Saussure*, *CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE* lembra que "o signo lingüístico é bifásico, contém um significante e um significado". (...). O significante é a imagem acústica, a grafia, a impressão psíquica do som material e o significado é o conceito designativo do objeto. Assim o signo lingüístico, unidade de duas faces, é uma entidade dupla, une, não uma coisa a um nome, mas um conceito a uma imagem acústica, de modo que o laço que une o significante ao significado é arbitrário" (40).

Porém, entre a letra da lei (significante) e o seu espírito (significado) pode, ou não, haver harmonia. Quando há essa harmonia, diz-se que a interpretação realizada na espécie é declarativa, pois houve coincidência entre o sentido e as palavras que compõem o texto normativo.

Declarativa, portanto, no pensar de *LIMONGI FRANÇA*, seria aquela interpretação "cujo enunciado coincide, na sua amplitude, com aquele que, à primeira vista, parece conter-se nas expressões do dispositivo. O intérprete limita-se a simplesmente declarar que a *mens legislatoris* não tem outras balizas, senão aquelas que, desde logo, se depreendem da letra da lei" (41).

Já *LUIZ FERNANDO COELHO*, a respeito do tema, observa que o conceito de interpretação declarativa - assim

(40) *ANDRADE*, Christiano José de. Ob. cit., p. 114.

(41) *FRANÇA*, Rubens Limongi. Ob. cit., p. 30.

como da extensiva e da restritiva - depende do critério em relação ao qual se declara, restringe ou estende o conteúdo de uma norma. Por conseguinte, se o critério é o da *mens legislatoris*, que toma em conta a suposta vontade originária do produtor da lei (reconstruída pela interpretação histórica), a interpretação declarativa consistirá "na revelação pura e simples, como resultado do trabalho hermenêutico, do seu conteúdo normativo, coincidente com o resultado da investigação histórica" (42) - o que não ocorrerá com as outras duas espécies de interpretação (extensiva e restritiva).

Em contrapartida, se eleito o critério da *mens legis* - isto é, o que considera o preceito como algo independente da vontade do legislador e que, uma vez expresso, desvincula-se do seu agente, assumindo significado próprio -, a interpretação declarativa será aquela "em que os efeitos coincidem com o sentido aparente que as suas expressões denotam" (43).

Todavia, é **CRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE** quem observa, com muita percuciência, as limitações ínsitas a esse tipo de interpretação, na exata medida em que a possibilidade de uma clareza literal da norma é uma ilusão. "A linguagem do direito é baseada na linguagem natural ou ordinária, cujas palavras na maioria são vagas ou ambíguas. A interpretação

(42) COELHO, Luiz Fernando. Ob. cit., p. 218.

(43) *ibidem*, p. 219.

literal é apenas o início do processo, não esgotando o processo interpretativo" (44).

E, atento a essa realidade, conclui que "somente o contexto lingüístico e situação humana em que a palavra é utilizada permitem determinar um significado razoável, isto é, adequado a uma certa situação e ao contexto lingüístico. O significado de uma palavra é pois função do significado do enunciado em que ela aparece, ou seja, do contexto verbal ou lingüístico e da situação em que ela é utilizada" (45).

Não destoando desse último entendimento, **CARLOS MAXIMILIANO** afirma: "Não se deve mais falar em interpretação declarativa. No sentido primitivo, apoiava-se em um fundamento falso, no adágio - *in claris cessat interpretatio*, e no brocardo de Direito Canônico - *verba clara non admittunt interpretationem, neque voluntas conjecturam*: 'expressões claras não admitem interpretação; nem comporta conjecturas a vontade manifesta'. Passou depois a abranger somente o caso em que o aplicador das disposições escritas apenas mostra o existente; não deduz coisa alguma. Se procura e transmite o sentido exato, sem nada reduzir nem acrescentar, opera-se a moderna interpretação estrita. A declarativa, ou compreensiva, não passa de exegese verbal, não é propriamente interpretação. Nenhum contingente novo traz ao trabalho do hermeneuta; parece

(44) **ANDRADE**, Christiano José de. Ob. cit., p. 115.

(45) *ibidem*, p. 116.

melhor deixá-la no olvido, visto que as expressões técnicas interpretação extensiva e interpretação estrita abrangem todas as hipóteses" (46).

Com esse ponto de vista anuímos, retirando importância da tradicionalmente denominada interpretação declarativa, a qual, na verdade, sequer deve ser considerada como uma espécie de interpretação, mas como simples etapa inicial de qualquer processo interpretativo.

1.4.2.2. *Interpretação Restritiva e Interpretação Extensiva*

Assentes as idéias de que toda norma jurídica necessita de interpretação e de que a interpretação dita declarativa não passa de mera exegese verbal do texto normativo (primeira etapa do processo interpretativo), merecem ser agora abordadas as hipóteses em que a atuação do hermeneuta necessita ultrapassar as fronteiras do sentido literal das palavras que compõem a norma ou, ao inverso, ficar aquém do que tais palavras parecem indicar.

Assinalando que nenhuma norma oferece fronteiras tão nítidas que eliminem a dificuldade de atuação do intérprete em cada caso, **CARLOS MAXIMILIANO**, ao discorrer sobre as interpretações extensiva e restritiva, assevera que: "... não se trata de acrescentar coisa alguma, e, sim, de atribuir à letra

(46) **MAXIMILIANO, Carlos**. Ob. cit., p. 201-2.

o significado que lhe compete: mais amplo aqui, estrito acolá. A interpretação extensiva não faz avançar as raias do preceito; ao contrário, como a aparência verbal leva ao recuo, a exegese impele os limites da regra até ao seu verdadeiro posto. Semelhante advertência, *mutatis mutandis*, tem cabimento a respeito da interpretação restritiva; não reduz o campo da norma; determina-lhe as fronteiras exatas; não conclui de mais, nem de menos do que o texto exprime, interpretado à luz das idéias modernas sobre Hermenêutica. Rigorosamente, portanto, a exegese restritiva corresponde, na atualidade, à que outrora se denominava *declarativa estrita*; apenas declara o sentido verdadeiro e o alcance exato; evita a dilatação, porém não suprime coisa alguma. Abstém-se, entretanto, de exigir o sentido literal: a precisão reclamada consegue-se com o auxílio dos elementos lógicos, tomados em apreço todos os fatores jurídico-sociais que influíram para elaborar a regra positiva" (47).

O importante, para o estabelecimento da extensão da tarefa atribuída ao intérprete no particular, é enfatizar que tal amplitude de atuação - estendendo ou reduzindo - incide sempre sobre o *sentido* da norma, e não sobre o seu texto, o qual servirá de limite a toda atividade interpretativa.

Assim, define **FERNANDO NORONHA** que "a interpretação é restritiva, quando se conclui que a lei (as suas palavras) disse mais do que aquilo que 'queria' dizer

(47) *ibidem*, p. 200-1.

(*majis dixit quam voluit*) e é preciso, portanto, excluir hipóteses que, em tese, caberiam no sentido normal das expressões utilizadas. A interpretação é extensiva, ou ampliativa, quando se chega a conclusão oposta à precedente: aqui, a lei *minus dixit quam voluit*. Note-se que tanto na interpretação restritiva como na extensiva, não se abandona, não se vai além do sentido literal possível da lei, não se sai do domínio do *intra legem*" (48).

Também **CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE** sintetiza a matéria, ensinando que "na interpretação extensiva o sentido vai além do modelo verbal. Já na interpretação restritiva, o sentido fica aquém da expressão literal, que deve ser restringida para exprimir o verdadeiro sentido da lei. Neste caso o texto legal disse mais do que o pretendido (*lex plus scripsit, minus voluit*)" (49).

A interpretação restritiva deve sempre ser emprestada às normas que restrinjam os direitos e garantias constitucionais, bem como às normas excepcionais (que estabelecem exceções à norma geral). Também as normas de Direito Penal e Tributário devem ser interpretadas restritivamente, desde que não existe crime, nem tributo, nem pena, sem lei anterior que os defina (princípio da legalidade ou da tipicidade).

(48) **NORONHA, Fernando.** *Direitos e Sistemas Sociais - A Jurisprudência e a Criação de Direito para além da Lei.* Florianópolis: Editora da UFSC, 1988, p. 139.

(49) **ANDRADE, Christiano José de.** Ob. cit., p. 116.

Nessas situações, resta especialmente nítido o poder de que dispõe o intérprete do Direito - juiz, advogado, promotor, o jurista enfim - de atribuir sentido (significado) à lei no caso concreto, reduzindo-o em face do texto normativo, com vistas, em última análise, à preservação de sua validade frente à Constituição. **CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE** refere-se a esse papel da interpretação "como um poder de violência simbólica (imposição de significados) que faz a lei falar" (50).

Já a interpretação extensiva apóia-se em considerações teleológicas e axiológicas. O sentido aqui atribuído pelo intérprete, embora não abrangido diretamente pela letra da lei, vem acobertado pela finalidade (*telos*) da mesma.

Distinguem-se interpretação extensiva e analogia. Enquanto naquela, consoante **CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE**, "o sentido vai além do texto legal, em si imperfeito, mas está implícito nele, cabendo ao intérprete explicitá-lo", nesta última, "não há sentido implícito na letra da lei, havendo assim lacuna". E "porque há lacuna, só a integração pode nos revelar o sentido novo, diverso do que está contido no texto legal. Deste modo, na analogia o intérprete aplica a um caso não previsto a disposição relativa a um caso semelhante" (51).

(50) *ibidem*, p. 117.

(51) *ibidem*, p. 118.

A interpretação extensiva é especialmente aplicável nas chamadas **normas dispositivas** (de que as partes interessadas, ou uma delas, podem servir-se, se quiserem, na regulamentação de sua relação jurídica - por exemplo, em contrato de locação, em que fique estipulado que o aluguel será corrigido monetariamente de acordo com determinado índice de inflação. Se o texto literal da norma disser menos do que deveria - no exemplo acima, se o índice de correção tiver sido suprimido e o contrato não houver previsto substituto -, ao intérprete caberá ampliar o sentido da norma, estabelecendo, *verbi gratia*, que, na relação contratual, a atualização monetária se fará consoante a variação do índice oficial de inflação).

1.4.3. QUANTO À COMPREENSÃO (NATUREZA)

Aqui, afiança **LIMONGI FRANÇA**, a interpretação tem como fundamento "os diversos tipos de elementos contidos nas leis e que servem como ponto de partida para sua compreensão". (52). Classifica-se em quatro espécies, a saber: literal (gramatical ou filológica), lógica, sistemática e histórica.

1.4.3.1. *Interpretação Literal*

(52) **FRANÇA**, Rubens Limongi. Ob. cit., p. 23.

O processo de interpretação gramatical (literal ou filológico) consiste no primeiro esforço de quem pretende compreender pensamentos alheios, através da compreensão da linguagem empregada. Segundo **MAXIMILIANO**, ele "atende à forma exterior do texto; preocupa-se com as acepções várias dos vocábulos; graças ao manejo relativamente perfeito e ao conhecimento integral das leis e usos da linguagem, procura descobrir qual deve ou pode ser o sentido de uma frase, dispositivo ou norma" (53).

LUIZ FERNANDO COELHO acrescenta que, neste tipo de interpretação, "levam-se em conta os elementos propriamente gramaticais - o significado semântico das palavras da norma - e os elementos lógicos, o significado do contexto em que as palavras estão inseridas, nos usos lingüísticos da comunidade" (54).

Esclarece, ainda, **CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE**, que a interpretação filológica "assenta-se na idéia ou crença básica de que as palavras da lei têm um sentido unívoco, que o intérprete deve descobrir e sistematizar" (55) - noção esta, como já vimos anteriormente, inclusive na Teoria Pura de *Kelsen*, consistente numa ficção e num equívoco.

Supor suficiente a interpretação literal da norma jurídica significa pressupor que o sentido dessa norma

(53) **MAXIMILIANO**, Carlos. Ob. cit., p. 107.

(54) **COELHO**, Luiz Fernando. Ob. cit., p. 208.

(55) **ANDRADE**, Christiano José de. Ob. cit., p. 30.

encontra-se guardado em suas próprias palavras, restando ao exegeta a tarefa pura e simples de revelar tal sentido.

Na realidade, o intérprete não revela o sentido da norma, ou do texto normativo, mas sim, ao contrário, atribui ao texto um sentido no momento em que o interpreta. Portanto, se o primeiro e importante ato do processo interpretativo é, sem dúvida, a pesquisa do significado gramatical de cada palavra contida no texto da norma, o trabalho exegético aí não pode esgotar-se, sob pena de seu resultado ficar irremediavelmente comprometido.

Todavia, por influência do Direito Romano, durante muito tempo a interpretação literal foi a única aceita nos sistemas jurídicos que dele se originaram.

Narra **LUIZ FERNANDO COELHO** que "este procedimento teve o seu apogeu na escola de Bolonha, no século XI, com o trabalho dos glosadores e pós-glosadores. Os primeiros, dentre os quais se destacam Irnério, fundador da Escola, Bulgáro, Martinho, Hugo, Jacó, Varásio, Azo e Accúrsio, emitiam comentários interpretativos sobre os textos do direito romano que, a partir do século XVI, passaram a ser denominados, conjuntamente, de *Corpus Juris Civilis*; esses comentários, onde prevalecia o sentido filológico, eram apostos em notas marginais ou interlineares denominados *glosas*. Os pós-glosadores, onde avultam os nomes de Bártolo, Baldo, Paulo de Castro e Jasão, escreveram longos comentários sobre o direito romano e foram os responsáveis pela formação do *jus commune*, constituído pela síntese do direito romano, com o

canônico e o direito costumeiro local, em face da necessidade de aplicar na prática os preceitos interpretados pelos glosadores" (56).

O certo é que a Hermenêutica Jurídica atual atribui importância relativa à interpretação gramatical, que tem na palavra o elemento de maior relevância, sobrepujando-a por outros elementos, de natureza histórica, sociológica, ideológica e filosófica, os quais "devem complementar o sentido aparente que a interpretação literal de início revela" (57).

1.4.3.2. Interpretação Lógica

Para **MAXIMILIANO**, o denominado Processo Lógico de Interpretação, propriamente dito, "consiste em procurar descobrir o sentido e o alcance de expressões do Direito sem o auxílio de nenhum elemento exterior, com aplicar ao dispositivo em apreço um conjunto de regras tradicionais e precisas, tomadas de empréstimo à Lógica geral. Pretende do simples estudo das normas em si, ou em conjunto, por meio do raciocínio dedutivo, obter a interpretação correta" (58).

AURÉLIO WANDER BASTOS assevera existirem três tipos de interpretação lógica reconhecidos pela Doutrina e Jurisprudência pátrias: a) a interpretação lógico-analítica; b)

(56) **COELHO**, Luiz Fernando. Ob. cit., p. 208.

(57) *ibidem*, p. 208.

(58) **MAXIMILIANO**, Carlos. Ob. cit., p. 123.

a interpretação lógico-sistemática; e c) a interpretação lógico-jurídica. "No processo lógico-analítico de interpretação, procura-se analisar, perscrutar, compreender a *mens legis*, ou o que o legislador pretendia alcançar quando elaborou ou propôs a elaboração do texto legal. Por esta razão, o processo lógico-analítico visa a identificar o pensamento do legislador no conjunto da legislação. A identificação exata do sentido legislativo exige uma dissecagem do texto legal oficial pelo juiz na aplicação para a solução de um determinado caso ou do doutrinador no seu conhecimento. É sempre necessário que para se alcançar resultados positivos na interpretação lógico-analítica se verifiquem os anteprojetos de lei que provocaram aquele documento final ou as atas dos debates parlamentares, bem como pareceres e opiniões de relatores e comissões" (59).

Já o processo lógico-sistemático - prossegue o citado professor - "está intimamente associado à verificação do conteúdo substantivo da lei com o sistema jurídico como um todo e com os procedimentos de elaboração prefixados" (60). Assim, a lei não deve estar isolada do seu contexto geral, devendo o seu conteúdo representar uma preocupação de todo o ordenamento jurídico.

Finalmente, os processos lógico-jurídicos - "que,

(59) BASTOS, Aurélio Wander. *Introdução à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Ed. Liber Juris, 1992, p. 231-2.

(60) *ibidem*, p. 232.

na verdade coordenam outros processos de interpretação" - "reconhecem que os vínculos entre os elementos constitutivos da norma têm especificidades imputativas e não de causalidade, ou seja, as normas não podem dispor nem propor imperativa ou coativamente, mas sempre, e necessariamente, imputativamente. Isto significa que uma proposição normativa não pode ser conhecida como uma imposição ou uma coação, mas como uma sugestão de conduta ou uma coerção, vinculada ou comprometida com determinadas circunstâncias especiais ou temporais" (61).

A seu turno, **COELHO**, cognominando de lógico-material o processo acima chamado de lógico-jurídico, leciona que "costumam-se distinguir, no procedimento lógico-material, três elementos, como fundantes da interpretação jurídica: a) a *ratio legis*, ou seja, a razão ou motivo que justifica o preceito; b) a *vis legis*, que se refere à eficácia objetiva da norma interpretanda; e c) a *occasio legis*, ou seja, o conjunto de fatores que condicionam historicamente o preceito, isto é, a sua circunstância histórica" (62).

Sob o prisma histórico, a interpretação lógica consagrou-se a partir da seguinte máxima de **Celso**: "*Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*".

(61) *ibidem*, p. 243-235.

(62) **COELHO**, Luiz Fernando. Ob. cit., p. 214.

* "Conhecer as leis não é compreender as suas palavras, mas o seu alcance e a sua força".

1.4.3.3. Interpretação Sistemática

Se, ao contrário do que apregoa **Wander Bastos**, diferenciarmos a interpretação sistemática da chamada interpretação lógica (lógica-sistemática), poderemos definir o processo sistemático, com **MAXIMILIANO**, como aquele que consiste "em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto" (63).

O processo é assim fundamentado e sintetizado: "Em toda ciência, o resultado do exame de um só fenômeno adquire presunção de certeza quando confirmado, *contrasteado* pelo estudo de outros, pelo menos dos casos próximos, conexos; à análise sucede a síntese; do complexo de verdades particulares, descobertas, demonstradas, chega-se até à verdade geral" (64).

Mas parte da doutrina moderna discorda do clássico hermeneuta brasileiro no tocante à consideração da interpretação sistemática simplesmente como um processo, dentre outros, de interpretação jurídica. **JUAREZ FREITAS**, em monografia sobre o tema, asseverando que, "ou se compreende o enunciado jurídico no plexo de suas relações com o conjunto dos demais enunciados, ou não se pode compreendê-lo

(63) **MAXIMILIANO**, Carlos. Ob. cit., p. 128.

(64) *ibidem*, p. 129.

adequadamente", conclui categoricamente que "a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação" (65).

O mesmo autor, inspirado em tais parâmetros, define a interpretação sistemática "como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos" ou, dito doutro modo, "verdadeiramente a interpretação sistemática, quando compreendida em profundidade, é a que se realiza em consonância com a rede hierarquizada, máxime na Constituição, tecida por princípios, normas e valores considerados dinamicamente e em conjunto. Assim, ao se aplicar uma norma, está-se aplicando o sistema inteiro (...)" (66).

Dessa maneira, o intérprete contribui para a manutenção da unidade do sistema, superando as eventuais antinomias existentes entre normas, princípios ou valores. Por antinomias, entende **JUAREZ FREITAS** "as incompatibilidades possíveis ou instauradas, entre normas, valores ou princípios jurídicos, pertencentes, validamente, ao mesmo sistema jurídico, tendo de ser vencidas para a preservação da unidade interna e coerência do sistema e para que se alcance a efetividade de sua teleologia constitucional" (67).

(65) **FREITAS, Juarez.** *A Interpretação Sistemática do Direito.* São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 49.

(66) *ibidem*, p. 54.

(67) *ibidem*, p. 62.

No labor de superação das antinomias, tem papel fundamental o denominado Princípio da Hierarquização Axiológica, assim compreendido como "um indispensável metacritério que ordena - em face também de antinomias no plano dos critérios - a prevalência, no caso concreto, do princípio axiologicamente superior, ou da norma axiologicamente superior em relação às demais, visando-se a uma exegese que se mostre capaz de evitar a autocontradição do sistema e de resguardar a unidade sintética dos seus múltiplos comandos. Destarte e neste diapasão, é que se pode entender em profundidade o Direito na sua dimensão principiológica, que há de ser a tônica de uma hermenêutica revigorada, racional e, numa palavra, consciente". (68).

1.4.3.4. A Interpretação Histórica

A interpretação histórica visa a esclarecer o sentido de uma lei através da reconstrução de seu conteúdo original, bem como das circunstâncias históricas que o originaram.

Tal reconstrução utiliza como ponto de partida os documentos relacionados à elaboração da lei, a fim de reconstituir a suposta *mens legislatoris* - isto é, a vontade do legislador.

(68) *ibidem*, p. 89.

Contudo, como sublinha **LUIZ FERNANDO COELHO**, a função dessa modalidade de interpretação não se restringe à pesquisa da *mens legislatoris*, posto que atribui importância também às circunstâncias histórico-sociais que ensejaram a elaboração da norma interpretanda. "A interpretação histórica tem assim por meta indagar a *occasio legis* - circunstância histórica da regra interpretanda - com vistas à revelação de um sentido original, que, após as vicissitudes da história, deverá ser adaptado às condições sociais cambiantes" (69).

Inquirir "quais as idéias dominantes, os princípios diretores, o estado do Direito, os usos e costumes em voga, enfim o espírito jurídico reinante na época em que foi feita a norma" (70) - este o desiderato primordial da interpretação histórica. "O legislador é um filho do seu tempo; fala a linguagem do seu século, e assim deve ser encarado e compreendido" (71).

Todavia, interpretar historicamente o Direito não é simplesmente realizar uma crônica do passado, mas, sim, de conformidade com a Teoria Crítica (adiante abordada), promover uma reconstrução dos sistemas jurídicos históricos, "valendo-se o jurista historiador dos conceitos e categorias modernos, ou seja, amoldando a experiência do passado à experiência do presente. E, nesse processo, o sentido prospectivo deve

(69) COELHO, Luiz Fernando. Ob. cit., p. 217.

(70) MAXIMILIANO, Carlos. Ob. cit., p. 138

(71) *ibidem*, p. 139.

prevalecer, pois a experiência do passado só tem sentido como revelador da ideologia que condiciona o presente; em outros termos, a construção crítica de uma ordem social não prescinde da assunção da ideologia, nas condições em que ela impregnou no passado o direito e a sociedade" (72).

1.5. ESCOLAS HERMENÊUTICAS E SEUS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Tão-somente à guisa de exemplo da utilização dos diversos métodos de interpretação jurídica, citar-se-ão, neste item do trabalho, algumas das principais Escolas Hermenêuticas que se formaram, do Direito ocidental, a partir do Código Napoleônico, elaborado no início do século XIX.

1.5.1. A Escola da Exegese e o Método Gramatical

Encontrando seus antecedentes no trabalho dos glosadores e pós-glosadores do Direito Romano, a Escola da Exegese surgiu e se consagrou-se na França do século XIX, tendo por suporte o Código Napoleônico.

Constituiu-se como um modelo de ideologia burguesa, que objetivava, através de um sistema jurídico hermético, a obtenção de segurança contra o retorno das arbitrariedades impostas pelo absolutismo antecedente,

(72) COELHO, Luiz Fernando. Ob. cit., p. 218.

"colocando-se assim como garantidora das formas de desenvolvimento capitalista" (73).

A edição daquele "monumento do direito ocidental", segundo *LIMONGI FRANÇA*, "deu aos hermeneutas a impressão de que, na verdade, ali se continha todo o direito" (74), a ponto de ser defendida, por seus membros mais exaltados, a idéia de que o intérprete não passava de um escravo da lei, não podendo opor a sua vontade à do legislador.

Para *Laurent*, principal representante da ala extremada da Escola, a missão do intérprete era "não reformar a lei, mas explicá-la", devendo ainda "aceitar os seus defeitos". (75).

Todavia, se esta foi a orientação dominante, aos poucos os exegeticos foram admitindo, ao lado do método gramatical de interpretação, também a investigação das circunstâncias que antecederam a lei (tradição histórica, costumes e, até, os princípios gerais do direito e da equidade). O setor moderado da Escola, que teve em *Demolombe* e *Baudry-Lacantinerie* os seus expoentes, chegou mesmo a defender a aplicação da interpretação sistemática, embora sempre advertindo para a primazia dos textos e para a visão da interpretação como a elucidação do sentido verdadeiro da lei, sem permitir inovações.

(73) *ANDRADE*, Christiano José de. Ob. cit., p. 35.

(74) *FRANÇA*, Rubens Limongi. Ob. cit., p. 34.

(75) *ibidem*, p. 35.

De forma mais ou menos radical, porém, a realidade é que a pesquisa incessante e exclusiva da vontade do legislador (*mens legislatoris*) era a característica e a própria razão de ser do método exegético de interpretação. Esclarece

CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE que "a Escola da Exegese tinha uma concepção normativista e conceitual do direito que é revelado somente pelas leis, que são normas gerais e abstratas, emanadas do Estado. Buscava ela uma expressão racional do direito como racionalidade pura, em esquemas de idéias que englobassem de antemão toda a vida humana em sua complexidade. A interpretação seria então um trabalho declaratório da intenção de um legislador real. No sistema legal já estava implícito algo que competia ao intérprete tornar explícito" (76).

Aí a ficção jurídica em que tentou sustentar-se: a idéia de que "as leis conformam um universo significativo e auto-suficiente, do qual se pode inferir por atos de derivação racional as soluções para todo tipo de conflito jurídico" (77).

Entretanto, inobstante a premissa falsa da existência, no texto, da regra jurídica certa para cada situação da vida e dos equívocos daí decorrentes, a Escola da Exegese não merece ser totalmente repudiada. **MAXIMILIANO** alerta que "a procura do pensamento do autor de um dispositivo constitui um meio de esclarecer o sentido deste; o erro

(76) **ANDRADE**, Christiano José de. Ob. cit., p. 33.

(77) **WARAT**, Luis Alberto. *Mitos e Teorias da Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 76.

consiste em generalizar o processo, fazer do que é simplesmente um dentre muitos recursos da Hermenêutica - o objetivo único, o alvo geral; confundir o meio com o fim. Da vontade primitiva, aparentemente criadora da norma, se deduziria, quando muito, o sentido desta, e não o respectivo alcance, jamais preestabelecido e difícil de prever" (78).

No mesmo timbre, *CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE*, apoiando-se em *Karl Larenz*, não hesita em afirmar que "a interpretação jurídica não pode assim deixar de considerar o processo genético da lei, que permite o conhecimento da valoração originária, a qual dá fundamento jurídico (*ratio juris*) da norma. Neste sentido uma interpretação dirigida à averiguação do significado normativo atual da lei não pode desprezar a intenção do legislador histórico, superando as unilateralidades tanto da teoria subjetiva da interpretação como da objetiva" (79).

1.5.2. A Jurisprudência Conceitual e o Método Histórico-Evolutivo

Desenvolvida nos países avessos aos sistemas jurídicos de codificação ou de compilação de leis, dando prevalência à noção de que o direito é criação espontânea do povo, através do costume, a também chamada *Escola Histórica do Direito* encontrou seu ápice na figura maior de *Savigny*, jurista

(78) MAXIMILIANO, Carlos. Ob. cit., p. 45.

(79) ANDRADE, Christiano José de. Ob. cit., p. 34.

alemão vivido no século XIX.

Relata LUIZ FERNANDO COELHO que, "em 1814, o jurisconsulto Thibaut, professor em Heidelberg, publicava o opúsculo *A Necessidade de um Direito Civil para a Alemanha*, o que provocou a réplica de Savigny, em seu famoso *Da Vocação do Nosso Tempo para a Legislação e para a Jurisprudência*, onde o autor reconhece que o jurista não cria o direito, mas apenas traduz em normas escritas o direito vivo, latente no espírito do povo (*Volksgeist*), que se forma através da história como resultado de suas aspirações íntimas. O direito emanaria assim da alma do povo, surgindo espontaneamente em face das mudanças de *status quo*; a interpretação deveria pois afastar-se da letra da lei e penetrar a fundo no seu conteúdo, descobrindo-lhe o substrato, de acordo com a formação cultural do povo. Daí a valorização do costume e dos princípios processuais atinentes a reafirmar o primado da jurisprudência dos juízes e tribunais sobre o direito escrito. Savigny exclui totalmente a idéia de uma origem accidental ou arbitrária do direito. O direito de uma nação forma-se de modo idêntico ao idioma nacional, adquirindo aos poucos os seus caracteres específicos, próprios do povo, inconfundíveis, que se manifestam nos costumes, na constituição política, na linguagem, nas credences populares. O direito participa desse todo harmônico, manifestação do *Volksgeist*, o espírito do povo" (80).

(80) COELHO, Luiz Fernando. Ob. cit., p. 233-4.

A Jurisprudência Conceitual distingue quatro elementos básicos da interpretação - gramatical, lógico, histórico e sistemático -, assinalando não se tratarem de "quatro espécies de interpretação (...), mas operações distintas que devem atuar em conjunto" (81).

Por elemento *lógico* deve-se entender, sinteticamente, aquele que se leva a efeito através da perquirição do sentido das diversas locuções e orações do texto legal, bem assim do estabelecimento da conexão entre as mesmas. Já o elemento *histórico* propõe-se a indagar não apenas das circunstâncias que envolveram a elaboração da norma legal, como também das próprias causas pretéritas da solução oferecida pelo legislador. E, finalmente, o elemento *sistemático* visa à descoberta da "vontade" da norma jurídica, pesquisada em conexão com as demais regras do estatuto onde se encontra situada.

O sistema histórico-evolutivo, em suma, volta-se à investigação do espírito da lei, devendo a interpretação "alcançar quanto seja possível o maior conhecimento do direito, através não apenas do conhecimento especial da regra, mas ainda da riqueza do resultado alcançado" (82).

Certamente a grande contribuição de *Savigny* para a Ciência do Direito foi a sistematização de seu método,

(81) FRANÇA, Rubens Limongi. Ob. cit., p. 35.

(82) *ibidem*, p. 36.

denominado histórico-evolutivo. "O historicismo afasta-se do jusracionalismo e dos seus postulados individualistas. O *Volksgeist* representa a fonte última do Direito, em relação à qual qualquer outra fonte - consuetudinária, legislativa ou doutrinal - apresenta um carácter derivado. As forças históricas geradoras do ordenamento jurídico são forças espirituais coletivas, que transcendem a consciência dos indivíduos: (...); é no povo que se identifica o autêntico criador do Direito positivo. O ordenamento jurídico é o 'Direito vivo' (...), que o legislador pode exprimir ou integrar, mas não arbitrariamente criar" (83).

Contudo, a crença dos historicistas, a partir de *Savigny*, de que a Jurisprudência pudesse atuar como a descobridora dos elementos conceituais que permaneciam acima das modificações históricas, acabou por simplesmente substituir, na concepção de *LUIZ FERNANDO COELHO*, o fetichismo da lei da Escola da Exegese por um "fetichismo dos conceitos, espécie de dogmatismo conceitualista, contra cujos exageros levantaram-se Ihering e Heck" (84) - como mais adiante se verá.

1.5.3. A Jurisprudência Analítica e o Método Lógico-Formal

Essa escola de interpretação, também do século

(83) LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990, p. 19-21.

(84) COELHO, Luiz Fernando. Op. Cit., p. 236.

XIX, cujo corifeu foi o filósofo inglês *John Austin*, defende, em síntese, que o estudo do Direito deve ser separado em dois campos bem definidos: de um lado, a jurisprudência geral ou filosofia do direito positivo; de outro, a jurisprudência particular, compreendendo o estudo da legislação vigente. "O aspecto ético das normas jurídicas não constituiria matéria de interesse para o jurista, o qual ficava restrito à consideração das leis, tal como se apresentam, sendo irrelevante o fato de serem boas ou más", registra *COELHO* (85).

O direito, para *Austin*, nada mais é, pois, do que ordens emanadas de uma vontade (soberano); vontade esta que se impõe coercitivamente em caso de desobediência.

Segundo *JOSÉ LAMEGO*, "o método propugnado por *AUSTIN* é um método analítico-formal, no contexto do qual a Jurisprudência geral ou filosofia do Direito é entendida como tendo por meta o estudo dos princípios e noções que são comuns a todos os ordenamentos jurídicos e que são abstraídos ou induzidos das normas jurídicas positivas" (86).

Seguidor de *Bentham*, *Austin* serve-se do utilitarismo como princípio ético orientador da elaboração das leis. A Jurisprudência Analítica não admite a ética no Direito, na medida em que a Ciência do Direito tem por objeto apenas o estudo das leis e sua interpretação, abstraindo de considerações de natureza ética e moral.

(85) *ibidem*, p. 237.

(86) *LAMEGO*, José. Ob. cit., p. 32.

MIGUEL REALE assinala que, "não obstante a natureza especial do Direito anglo-saxônico, determinado pelo valor normativo do precedente jurisprudencial, também se afirmou a atitude metódica de compreender o Direito segundo esquemas lógico-formais, como sistema de vínculos normativos, aceito o princípio de que o costume não possui qualificação jurídica até e enquanto não é consagrado pelo órgão judiciário do Estado. Por outro lado, também o Direito jurisprudencial só o é enquanto emanção da soberania, de maneira que a fonte primordial da juridicidade é a vontade do Estado" (87).

Tal doutrina da Jurisprudência Analítica sofreu, na mesma Inglaterra, a crítica de *Hart*, em sua conhecida obra "O Conceito de Direito", de 1961, mas, em contrapartida, antes disso, influenciou a Teoria Pura do Direito de *Kelsen*, como o próprio professor de Viena reconhece.

1.5.4. A Jurisprudência de Interesses e o Método Teleológico

Contraposta à chamada Jurisprudência Conceitual de *Savigny*, a Jurisprudência de Interesses, desenvolvida por *Philipp Heck* e sustentada no método teleológico de interpretação elaborado por *Ihering*, defende a idéia de que "os mandamentos jurídicos não descem dos princípios gerais, mas são

(87) **REALE**, Miguel. Ob. cit., p. 414.

oriundos das necessidades práticas da vida e da variação e do ajuste destas necessidades". (...). "O juiz deve submeter-se à lei, e não aos seus ideais de justiça, mas, diante de um fato concreto que a lei regula mal, a sua função é construtiva, isto é, a de construir regras, se estas não existem" (88).

Para melhor compreender a concepção dessa escola, torna-se mister sintetizar o método teleológico de interpretação de *Ihering*.

O Direito, em *Ihering*, é concebido como criação objetiva e real da história. Não, porém, como resultado de um processo natural, como propunha *Savigny*, e sim de um trabalho árduo de conquista - a luta pelo Direito. Tudo no direito existe para um fim: "No domínio do direito nada existe senão pelo fim e para o fim. O homem que pensa, que medita, há de achar sempre no domínio do direito o fim de cada uma destas instituições. A pesquisa desse fim constitui o mais alto objetivo da ciência jurídica, tanto sob o ponto de vista da dogmática do direito como sob o da sua história" (89).

Assim, valendo-se desta metodologia, a Jurisprudência Teleológica vislumbra os juízos de valor contidos nas fórmulas legais como expressões dos interesses da comunidade, voltando sua concentração para aqueles interesses que determinam a maior valoração da vida. Em última análise, "a

(88) COELHO, Luiz Fernando. Ob. cit., p. 246.

(89) IHERING, Rudolf von. *A Evolução do Direito*. 2. ed. Salvador: Liv. Progresso, 1956, p. 336.

interpretação axiológica e teleológica ativa a participação do intérprete na configuração do sentido normativo. O significado da norma jurídica varia no tempo por obra do intérprete, correspondendo a verdadeiras criações normativas, sem necessidade de revogação da norma" (90).

1.5.5. *A Escola da Livre Pesquisa Científica e o Método Empírico-Jurídico*

François Gény, arauto da escola ora referida, apregoava que, na hipótese de lacuna da lei, o juiz teria ampla liberdade para decidir. Entenda-se bem: a lei é vista como a mais importante fonte do Direito, mas não como a única, sendo lícito ao intérprete recorrer a outras fontes, formais ou não formais, quando a lei não oferece solução para o caso concreto.

As outras fontes formais do Direito, para *Gény*, seriam, pela ordem, o costume, a jurisprudência, a doutrina e a tradição, ao passo que as fontes não formais consistiriam nos dados racionais e ideais ditados pelo direito natural. Quanto a estas últimas, "o juiz tem a faculdade criadora, com base em uma investigação livre, para descobrir os dados racionais e ideais. Assim, a realidade da vida social deve servir como meio de interpretação da lei e como fonte de interpretação do

(90) ANDRADE, Christiano José de. Ob. cit., p. 61.

direito. A interpretação e a elaboração do direito estão apoiadas na ciência dos dados e na técnica do construído" (91).

O intérprete deve saber diferenciar, nos elementos de que se serve, quais são os dados impostos pela realidade e quais os que ele pode construir para a consecução dos fins do Direito. Este "empirismo do construído", necessário à descoberta de algumas soluções para os conflitos que atendam ao sentimento de justiça, vem a ser a própria técnica do Direito para Escola de *Gény*.

O que importa ficar claro, em suma, é que "a livre investigação científica não é, pois, a liberdade para o jurista investigar nos fatos da vida qual a melhor solução para as controvérsias e para as lacunas da lei; ela não é uma livre criação do direito, uma criação arbitrária do juiz; produto das convicções pessoais do intérprete; ela consiste na técnica de construir os meios para realizar o direito e conseguir a justiça; é o trabalho científico de extrair, dos 'donnés' da realidade social, o direito, sempre levando em conta os interesses das partes, sem contudo afetar o equilíbrio que deve imperar entre os interesses em conflito" (92).

Imensa foi a influência das idéias de *Gény* sobre a Escola do Direito Livre, na Alemanha, e sobre a

(91) *ibidem*, p. 43.

(92) COELHO, Luiz Fernando. Ob. cit., p. 253.

Jurisprudência Sociológica norte-americana, examinadas a seguir.

1.5.6. A Escola do Direito Livre e o Método Indutivo

Com *Eugen Ehrlich* e *Hermann Kantorowicz* à frente, malgrado com distintas doses de radicalismo, a chamada Escola do Direito Livre, concebida na Alemanha, proclamou a insuficiência ou incompletude do direito legislado, defendendo sua supressão para tornar o juiz árbitro livre e único dos conflitos que lhe são apresentados, resolvendo-os de acordo com a sua consciência de justiça.

Mais moderado, *Ehrlich*, na esteira de *Gény*, somente conferia liberdade criadora ao juiz, na solução dos conflitos, na hipótese de ausência de dispositivo legal ou costumeiro. Portanto, em ocorrendo lacuna ou incompletude do direito estatal, o juiz estaria autorizado a recorrer ao direito vivo, isto é, à realidade social. Atuaria, assim, *praeter legem*. É, de todo modo, o direito vivo colocado em oposição às proposições abstratas da lei.

A lógica jurídica tradicional, para *Ehrlich*, deve ser considerada superada porque se funda em três ficções, continuamente contraditadas pela realidade da atividade dos tribunais: "a) a ficção de que o juiz está necessariamente sujeito a proposições pré-fixadas; b) a ficção de que todo o direito está sempre sujeito ao direito do estado; e c) a ficção

da unidade da ordenação jurídica" (93).

CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE, discorrendo sobre a doutrina de *Ehrlich*, conclui que o método adotado por este seria o *indutivo*, "visto que o juiz ou a ciência jurídica extrai suas normas jurídicas individuais não da lei, mas do direito livre" (94).

Por sua vez, *Hermann Kantorowicz*, mais extremado, propõe quatro diretrizes para a interpretação do Direito, a saber: "a) se o texto da lei é unívoco e sua aplicação não fere os sentimentos da comunidade, o juiz deve decidir de acordo com a lei; b) se o texto da lei não oferece solução pacífica, isto é, insusceptível de ser argüída de injusta, o texto da lei aplicado ao caso concreto conduz a uma solução que o próprio legislador do estado, ao elaborar a lei, não poderia querer; nesse caso deve o juiz ditar a sentença que, segundo a sua convicção, o legislador ditaria se tivesse pensado naquele caso concreto; c) se o juiz não pode formar uma convicção sobre como o legislador resolveria o caso concreto, deve o juiz se inspirar no direito livre, isto é, no sentimento da coletividade; e d) quando, mesmo apelando para o sentimento da coletividade, o juiz não encontra a solução, deve então julgar discricionariamente" (95).

Este autor, por conseguinte, autoriza o juiz a agir *prater* ou *contra legem*, isto é, além ou contra a lei.

(93) *ibidem*, p. 257-8.

(94) *ANDRADE, Christiano José de. Ob. cit., p. 48.*

(95) *COELHO, Luiz Fernando. Ob. cit., p. 259.*

Como era de se esperar, não faltaram críticas acerbas à doutrina da Escola do Direito Livre. A guisa de exemplo, merece ser transcrita a posição de **FRANCESCO FERRARA** sobre o tema: "Resumindo, pois, o juiz pode aplicar princípios da lei a casos novos, dar a princípios da lei um sentido novo, desde que não vá de encontro a outras normas. Até aqui pode chegar a obra do intérprete. Mas desviar-se conscientemente da lei, querer reformá-la ou inová-la por pretendidas exigências de interesses, é atraí-lo a função do magistrado. O juiz deve ficar pago com a sua nobre missão, e não ir mais longe, passando a usurpar os domínios do legislador. Os dois poderes estão divididos, e assim devem estar" (96).

1.5.7. A Jurisprudência Sociológica Norte-Americana

Tendo em **Oliver Wendell Holmes**, **Roscoe Pound** e **Benjamin Cardozo** seus pensadores de maior destaque, a Jurisprudência Sociológica Norte-Americana inspirou-se na lógica experimental de **John Dewey**, "flexível, de previsão de probabilidades e não dedutiva" (97), tendo por fundamento "a necessidade da compreensão correta das realidades sociais em permanente fluxo histórico, como atitude preliminar à interpretação das normas jurídicas expressas nos costumes, na lei e nos precedentes" (98).

(96) **FERRARA, Francesco**. *Interpretação e Aplicação das Leis*. 3. ed. Coimbra: A. Amado, 1978, p. 173.

(97) **ANDRADE, Christiano José de**. Ob. cit., p. 61.

(98) **COELHO, Luiz Fernando**. Ob. cit., p. 260.

Sem haver desprezo ao raciocínio lógico-formal, os defensores da Jurisprudência Sociológica sobrepõem a idéia de justiça à coerência lógica da interpretação e da sentença, devendo ainda ser observados, como critérios para o processo interpretativo, o método histórico-evolutivo, o recurso aos costumes, às convicções sociais vigentes e à noção de bem estar social.

A permanente evolução do Direito, fundado na realidade social - "La vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia", como sintetizou *HOLMES* (99) - representa o desiderato perseguido pelos Sociólogos do Direito estadunidenses.

Analisando a realidade do seu tempo, cumpre ao intérprete prever as conseqüências da aplicação da lei, ainda que para tanto se torne, a final, necessária a produção de novas normas ou uma nova interpretação das normas velhas.

1.5.8. O Realismo Jurídico Norte-Americano

Essa escola de interpretação do Direito teve como fonte inspiradora a Jurisprudência Sociológica, anteriormente descrita, mas também o chamado Psicologismo Jurídico, influenciado por Freud, Dewey e Bergson, que concebia a Ciência

(99) *HOLMES, Oliver. The Common Law. Trad. espanhola de Fernando N. Barrancos y Vedia. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1964, p. 15.*

do Direito mais como psicologia ou psicanálise dos juízes do que como uma teorização racional de um objeto jurídico.

Os mentores do Realismo Jurídico Norte-Americano - *John C. Gray, Karl N. Llewellyn e Jerome Frank*, dentre os mais destacados - negavam todo fundamento absoluto, metafísico ou ideológico à idéia de direito, admitindo apenas, como direito real, aquele declarado pelo juiz ou tribunal no caso concreto.

Para *LUIZ FERNANDO COELHO*, porém, "este movimento não constitui em si uma escola jurídica, porque não se compõe de um grupo de homens com um credo comum e programa unificado. O que caracteriza aqueles que se qualificam a si mesmos de 'realistas jurídicos' é um método particular de enfocar os problemas, um modo específico de pensar juridicamente" (100).

Tal modo comum de pensar consistiria, de um lado, em somente se preocuparem com o direito trazido ao conhecimento dos tribunais, através dos processos e, de outro, em considerar o Direito como "um corpo de decisões, mais do que um corpo de normas" (101). Isto é, mais interessa saber o que levou um juiz a decidir do modo como acabou decidindo, do que analisar o conjunto de regras jurídicas de que este dispunha para solucionar o caso concreto - postura que até os dias de hoje bem representa o espírito do próprio Direito Norte-Americano.

(100) *COELHO, Luiz Fernando*. Ob. cit., p. 278.

(101) *ibidem*, p. 279.

1.5.9. O Realismo Jurídico Escandinavo (Escola de Upsala)

Diferentemente do Realismo Jurídico americano, a denominada Escola de Upsala, bem representada por *Alf Ross*, *Karl Olivecrona* e *Lundstedt* - todos discípulos de *Axel Hägerström* - alinha-se na perspectiva de um realismo lingüístico, que vislumbra o Direito "como sistema de signos dotados de significado normativo, que lhe dão eficácia como forma de controle social da conduta" (102).

O direito é apenas um meio de comunicação entre as pessoas, devendo o sentido jurídico-normativo das expressões ser procurado por meio da análise lingüística, isto é, da sintaxe, da semântica e, principalmente, da pragmática lingüísticas.

Visando a superar o dualismo do pensamento jurídico contemporâneo - *Common Law* e Sistema Romanista; Direito como conjunto de fatores sociais e Direito Natural apriorístico -, o Realismo Jurídico Escandinavo tenta unificá-lo através da concepção do "conceito jurídico, não como algo meta-empírico, mas como parte do mundo dos fatos" (103).

De acordo com *ALF ROSS*, "as normas jurídicas são efetivamente obedecidas, porque são vividas como socialmente

(102) *ibidem*, p. 287.

(103) *ibidem*, p. 288.

obrigatórias" (104).

CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE esclarece que, para os realistas nórdicos, "a vigência do direito consiste na sua efetividade, que é a aplicação do direito pelos tribunais. O fundamento da vigência do direito está pois nas decisões dos tribunais. Como o direito vigente é o aplicado pelos tribunais, antes dessa aplicação o direito consiste em normas. Depois da aplicação, os tribunais transformam essas normas em normas jurídicas ou direito vigente. Mas não basta a efetiva aplicação das normas, é preciso ainda que os juízes as considerem como socialmente obrigatórias, para aplicá-las" (105).

A Ciência do Direito, supedaneada em princípios empiristas, tem por função verificar a conduta futura dos operadores do Direito, mormente a dos juízes.

1.5.10. A Escola Ecológica e o Método Empírico-Dialético

Carlos Cossio, fundador e difusor da denominada "Teoria Ecológica do Direito", entende que "o Direito é um objeto cultural, composto de um substrato, que é a conduta em interferência intersubjetiva, e de um sentido, que é o dever de realizar um valor" (106).

Por ser o Direito conduta, e não norma,

(104) ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Trad. de Genaro R. Carrió. 4. ed., Buenos Aires: Universitária, 1977, p. 34.

(105) ANDRADE, Christiano José de. Ob. cit., p. 65-6.

(106) *ibidem*, p. 69.

interpretar a lei é dar sentido a uma conduta considerada. O próprio fato do juiz, órgão imanente ao ordenamento jurídico, é, em parte, o Direito, não passando a lei de um "conselho" utilizável pelo juiz para compreender a conduta humana em interferência intersubjetiva.

Dito noutros termos, "a norma é o instrumento conceitual, mediante o qual é conhecida a realidade do direito como conduta. A norma é conceito e não objeto; logo ela pode ser objeto apenas da Lógica Jurídica, mas não da Ciência do Direito, que tem por objeto a conduta" (107).

O método interpretativo empregado por *Cóssio* é o empírico-dialético, através do qual "o juiz deve escolher dentro do gênero legal a espécie com que sentenciará ao efetuar dialeticamente sua eleição das circunstâncias do caso" (108), sendo a compreensão, como revelação do sentido, o verdadeiro ato gnoseológico desse método.

1.5.11. A Hermenêutica Jurídica Crítica

Segundo *LUIZ FERNANDO COELHO*, jurista brasileiro perfilado à Teoria Crítica do Direito, a tese fundamental desta está em que "o direito não é o passado que condiciona o presente, mas o presente que constrói o futuro" (109).

(107) *ibidem*, p. 69.

(108) *ibidem*, p. 68-9.

(109) *COELHO, Luiz Fernando. Ob. cit., p. 312.*

Karl Popper, Althusser, Bachelard, Piaget, Foucault, Barthes, dentre outros cientistas de áreas não jurídicas, com suas pesquisas muito influenciaram a Teoria Crítica, ao enfatizarem o caráter dinâmico, criativo e dialético da ciência, anulando as fronteiras entre a ciência e a técnica (110).

Na mesma esteira, porém, da Escola do Direito Livre, os críticos sublinham a idéia de que a jurisprudência tem papel determinante na realização da função transformadora do Direito, sendo sua fonte mais autêntica e refletindo o direito vivo ubicado na realidade social.

A Teoria Crítica, então, por não considerar a lei como fonte primaz do Direito, admite também a decisão judicial *contra legem*, nos casos em que a norma jurídica mostrar-se notoriamente injusta, já que ao juiz cabe fundamentalmente fazer justiça no caso concreto.

O intérprete - que, em última análise, é o jurista - torna-se o agente da transformação social, como um criador de sentido, "uma instância ideológica de atribuição de significados heterônomos e a hermenêutica busca a revelação dos pressupostos ideológicos das expressões normativas, para questioná-los com vistas ao que é melhor para a sociedade" (111).

(110) *ibidem*, p. 319.

(111) ANDRADE, Christiano José de. Ob. cit., p. 101.

Aduz **COELHO** que, "como teoria prospectiva, a ciência do direito assume sua função política e ideológica, devendo ser encarada como disciplina compromissada com a realidade social e voltada para a construção de uma ordem jurídica e social progressivamente melhor. O direito passa então a ser encarado, não como instrumento de dominação dos poderosos sobre os demais segmentos da sociedade, mas como instrumento de transformação social, expressão da justiça que deve ser realizada na sociedade" (112).

Sob o prisma da dogmática geral, a Teoria Crítica propõe-se a reelaborar a Teoria Geral do Direito, adequando os conceitos genéricos (sujeito de direito, personalidade, ato e negócio jurídicos, propriedade, sanção) à experiência total e dinâmica do Direito.

Conclui **LUIZ FERNANDO COELHO** asseverando que "a maior preocupação da teoria crítica é pois com a educação jurídica, objetivando preencher uma lacuna na medida em que se almeja tornar o jurista apto a desempenhar com êxito seu papel de agente da transformação social, com a vantagem de que a assimilação teórica dos valores intersubjetivos que a nova ciência do direito propõe, tornará o jurista responsável, perante a humanidade e sua própria consciência, pela efetiva realização desses valores integrados numa ótica humanista". (113).

(112) **COELHO, Luiz Fernando**. Ob. cit., p. 317.

(113) *ibidem*, p. 339-40.

O perigo está, todavia, em aceitar, ainda que com a melhor das intenções, o primado do juiz sobre a lei (nas hipóteses das chamadas "leis injustas"), podendo dar azo a um não menos condenável absolutismo jurisprudencial, o qual também é causa de estagnação do Direito.

Desmitificar o Direito, revelando suas imperfeições e incompletudes, sua utilização como instrumento de poder, é tarefa necessária, que a Teoria Crítica diagnostica com precisão. Contudo, o remédio para a cura do mal - qual seja, atribuir ao juiz o poder de dizer o direito até mesmo contra o texto da lei, sem limites outros além da sua consciência de justiça -, infelizmente pode acabar-se tornando mais grave do que a própria doença, desbordando para uma incontrollável "ditadura da toga".

E é **VOLNEI IVO CARLIN** quem alerta para o papel essencial do Direito, a ser observado pelo juiz em seu labor constitucional: "O recurso à técnica de invocar os princípios gerais do direito encontra sua legitimidade na obrigação, que é feita ao juiz, de preencher as lacunas da lei, de resolver suas antinomias e, de maneira mais geral, de pôr termo a insuficiências e ambigüidades da lei. O princípio se exala, de maneira mais ou menos delicada, a partir de um ou mais textos, pois o direito tem por finalidade estabelecer segurança e estabilidade nas relações sociais, no que concerne a valores e interesses a proteger" (114).

(115) **CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia Jurídica*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, p. 50-1.**

CAPITULO II

A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Consolidadas as noções de norma jurídica e de suas espécies - regras e princípios -, examinados os métodos tradicionais de Hermenêutica Jurídica e referida a utilização destes pelas diversas Escolas de interpretação que se formaram desde o século passado, mister, agora, confrontar tais conceitos com aqueles manejados em sede de Hermenêutica Constitucional, a fim de se particularizar e destacar o estudo dessa importante área do Direito.

Inicia-se pela definição de Constituição.

2.1. CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

Como pressuposto para o exame do tema sugerido nesse segundo capítulo, propõe-se investigar, de início, os variados sentidos que a doutrina jurídica moderna confere à Constituição de um Estado, com inegáveis reflexos na interpretação que será emprestada às normas fundamentais.

Sob o prisma que aqui interessa, a Constituição é costumeiramente definida e distinguida em seus sentidos *real* (institucional, material ou sociológico), *substancial* (normativo-material) e *formal* (instrumental ou político),

não obstante tais concepções longe estejam do consenso entre os doutos.

Muitos autores, inclusive, abandonam a noção de Constituição em sentido real - a qual prioriza o conjunto das forças políticas, econômicas e ideológicas que dão configuração à realidade social de um determinado Estado -, por entenderem que a mesma não integra o mundo do Direito e, sim, o de outras ciências, como a Sociologia, a Economia e a Política.

De todo modo, foi **FERDINAND LASSALE**, em clássica obra, quem deu consistência ao conceito sociológico acima referido, ao asseverar que "os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar" (115).

CANOTILHO, valendo-se de lição de **BOGNETI**, define a Constituição real (por ele também denominada simplesmente "material") como "... o conjunto de valores, princípios e praxes que constituem a visão ético-política essencial em torno da qual se agregam as forças hegemônicas da comunidade" (116), aí tomando vulto um interesse na "determinação ou fenomenologia dos 'factos normativos' ou 'dados institucionais'" (117).

(115) **LASSALE**, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Trad. de Walter Stönnner. Rio: Liber Juris, 1985, p. 49.

(116) **CANOTILHO**, J. J. Gomes. Ob. cit., 5. ed., p. 68.

(117) *ibidem*, p. 68.

Entre nós, **MARTIM ANTÔNIO SALES**, em artigo intitulado "*Interpretação e Aplicação Constitucional*", sintetiza os fundamentos da visão sociológica da Constituição, a saber: "1. A Constituição é primordialmente uma forma de ser, e não de dever ser. 2. A Constituição é imanência das situações e estruturas sociais do presente, que, para a grande parte do pensamento do século XIX, se identificam com situações das relações econômicas. 3. A Constituição não se sustenta numa norma transcendente, pois a sociedade tem sua própria 'legalidade' que é rebelde à pura normatividade e não se deixa dominar por ela; o ser tem sua própria estrutura, a constituição gira sobre o momento de validade" (118).

Desse conceito se diferencia, para **CANOTILHO**, a Constituição sob os aspectos "formal" e "normativo-material", sendo que o primeiro "refere-se a constituição acto escrito e solene que, como fonte de direito, cria normas jurídicas hierarquicamente superiores", ao passo que o segundo "é o conjunto de normas que regulam as estruturas do Estado e da sociedade nos seus aspectos fundamentais, independentemente das fontes formais donde estas normas são oriundas" (119).

Portanto, no sentido substancial (ou normativo-material) da Constituição, o que importa é o conteúdo ou o objeto das suas normas, escritas ou não, capazes de traçar as

(118) SALES, Martin Antônio. "*Interpretação e Aplicação Constitucional*". *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, n. 14, p. 146-60.

(119) CANOTILHO, J. J. Gomes. Ob. cit., 5. ed., p. 68.

linhas mestras de um dado ordenamento jurídico. Na feliz síntese de *CELSON RIBEIRO BASTOS*, nesta acepção, "a Constituição é, pois, o conjunto de normas estruturais de uma dada sociedade política" (120). Ou, mais analiticamente, como descreve *JORGE MIRANDA*: "O conjunto de regras que encerram o estatuto do Estado e o da sociedade perante o Estado, cingindo o poder político a normas tão precisas e tão minuciosas como aquelas que versam sobre quaisquer outras instituições ou entidades; e o que avulta agora é adequação de meios com vista a um fim - a disciplina jurídica do poder - meios esses que, por seu turno, vêm a ser eles próprios fins em relação a outros meios que a ordem jurídica tem de prever" (121).

Sob esse aspecto, pode-se afirmar, sem medo de errar, que não há Estado sem Constituição, ainda que a sua estrutura política seja mínima, rudimentar, nada semelhante ao que se conhece por Estado Democrático de Direito.

Em contrapartida, a Constituição em sentido formal "não se interessa pelo que contém o documento em si, porém pelo processo de sua elaboração e pelas características a nortear-lhe frente às demais formas de manifestação da norma jurídica, expressão para nós tecnicamente mais adequada que a tradicionalmente consagrada fonte do direito" (122).

(120) *BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra da Silva, Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, V. 1, p. 274.

(121) *MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional*. 2.ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1988, V. 2, p. 16-7.

(122) *DANTAS, Ivo. Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio: Ed. Lumen Juris, 1995, p. 7.

Dito doutra forma, a Constituição formal é "um complexo de normas legislativas distintas das ordinárias pelo seu mais árduo e solene processo de formação" (123).

Assim, para que um Estado efetivamente possua uma Constituição formal - e não são todos que a têm - é mister que esteja prevista, em seu ordenamento jurídico, uma clara diferenciação entre os modos de criação e reforma de uma norma legislativa (não constitucional) e os de uma norma fundamental, mais solene e complicado.

Se **CELSO RIBEIRO BASTOS** preocupa-se em sublinhar que, na conceituação jurídica da Constituição, o critério mais relevante é o formal (pois de nada servem as conceituações, classificações ou categorizações, se a elas não corresponder um feixe de normas pertinentes), **CANOTILHO**, por sua vez, registra a tendência, na experiência constitucional, "para o alargamento da constituição formal a matérias classicamente não incorporadas nos textos constitucionais" (124), o que leva ao exame de três problemas daí decorrentes: "1) o de saber se há direito constitucional material fora da constituição (direito materialmente constitucional mas não formalmente constitucional) ou, de modo mais rigoroso, direito constitucional material 'produzido' por fontes não constitucionais; 2) se há direito constitucional produzido por 'fontes-facto', como, por ex., o

(123) **BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo**. *Direito Constitucional*. Trad. de Maria Helena Diniz. 1. ed. brasileira. São Paulo: RT, 1984, p. 86.

(124) **CANOTILHO, J. J. Gomes**. Ob. cit., 5. ed., p. 69.

costume constitucional; 3) se todas as normas contidas na constituição ou actos de valor constitucional são normas materialmente constitucionais (coloca-se aqui a hipótese de haver normas formalmente constitucionais mas não materialmente constitucionais)" (125).

A primeira questão é resolvida pelo eminente jurista português mediante a aplicação do critério formal, isto é, "as normas constitucionais se caracterizam não pela matéria sobre que incidem mas pela sua supremacia formal" (126). Por conseguinte, se efetivamente existe matéria constitucional fora da Constituição (ex.: legislação sobre partidos políticos), por norma constitucional só se deve compreender aquela contida no Estatuto Jurídico Supremo do Estado, pouco importando sua matéria ou conteúdo. Mais uma vez resta nítida, portanto, a prevalência do sentido formal de Constituição sobre o substancial (normativo-material).

A seu turno, o problema relativo à criação de normas constitucionais através das chamadas "fontes-facto" é solucionado da seguinte maneira por **CANOTILHO**: "O costume é fonte complementar, mas não uma fonte primária de direito constitucional. Por outras palavras: aceita-se um direito constitucional não escrito, mas apenas com as funções de complementação, integração e desenvolvimento das normas constitucionais escritas" (127).

(125) *ibidem*, p. 69-70.

(126) *ibidem*, p. 70.

(127) *ibidem*, p. 71.

Finalmente, quanto à questão relativa à possível existência, na Constituição, de normas não materialmente constitucionais, cumpre repisar que, para *CANOTILHO*, tal hipótese é admissível, porém irrelevante, pois a distinção entre aquelas e as consideradas normas formal e materialmente constitucionais não pode conduzir a uma quebra da unidade normativa da Constituição. "Significa isto dizer que todas as normas da constituição têm o mesmo valor, daí derivando ser insustentável a tentativa de *supra* e *infra* ordenação de normas constitucionais, quer para distinguir entre 'normas constitucionais fortes' e 'normas constitucionais fracas' (MAUNZ), quer para alicerçar a doutrina de normas constitucionais inconstitucionais (BACHOF)" (128).

O reflexo dessa lição sobre o tema da interpretação da Constituição é imediato e decisivo, como se perceberá no próximo item.

2.2. A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Interpretar uma norma contida na Constituição (portanto, formalmente constitucional) é *atribuir-lhe um sentido* (significado), mediante a utilização de métodos e princípios próprios, desenvolvidos e cientificamente sistematizados pela Hermenêutica Constitucional.

Para *CANOTILHO*, a atribuição desse significado tem por finalidade a obtenção de uma "decisão de problemas

(128) *ibidem*, p. 72.

práticos, normativo-constitucionalmente fundada", merecendo ser examinada em três dimensões importantes, a saber: (1) interpretar a constituição é a busca do *di reito* contido na lei constitucional escrita; (2) interpretar o direito contido na lei constitucional implica uma *actividade* -actividade complexa - que se traduz fundamentalmente na *adscrição* de um significado a um enunciado ou disposição linguística; (3) o *produto* do acto de interpretar é o significado atribuído" (129).

Via de conseqüência, como todo ato interpretativo, também o referente à interpretação constitucional resulta sempre em criação de direito, em cada significado adscrito ao texto inserido na Carta Política.

Impende ressaltar, nesse passo, que, dados o conteúdo político e a textura propositadamente aberta da norma constitucional, necessita ela de ser completada através, exatamente, da atividade do intérprete, o qual, valendo-se não raro de noções próprias a outros ramos do conhecimento humano, empresta sentido (significado) aos vocábulos (símbolos) que compõem a norma, concretizando-a.

KARL LOEWENSTEIN observa, com percuciência, que "(...) toda constituição escrita, como toda obra humana, não somente é em si incompleta, senão que aqui a deficiência é maior, já que cada constituição não é mais do que um compromisso entre as forças sociais e grupos pluralistas que participam

(129) *ibidem*, p. 208.

em sua conformação" (130), tornando-se imperiosa a compreensão do sentido de suas normas através da atividade interpretativa.

Frisa **PAULO BONAVIDES** que "as relações que a norma constitucional, pela sua natureza mesma, costuma disciplinar são de preponderante conteúdo político e social e por isso mesmo sujeitas a um influxo político considerável, senão essencial, o qual se reflete diretamente sobre a norma, bem como sobre o método interpretativo aplicável" (131). E conclui: "o erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la" (132).

Corroborando esse pensamento, **IVO DANTAS** sintetiza, supedaneado em doutrina de **Linares Quintana**, as diretrizes da interpretação constitucional em pelo menos cinco regras: "a) prevalência do conteúdo teleológico da *Constituição*, que é, ao mesmo tempo, instrumento de governo e instrumento de restrição aos poderes, devendo ser vista, sobretudo, como instrumento de amparo à liberdade individual;

(130) **LOWESTEIN, Karl**. *Teoría de la Constitución*. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. espanhola. Barcelona: Ariel, 1976, p. 199: "(...) toda constitución escrita, como toda obra humana, no solamente es en sí incompleta, sino que aquí la deficiencia es mayor, ya que cada constitución no es mas que un compromiso entre las fuerza sociales y grupos pluralistas que participan en su conformación".

(131) **BONAVIDES, Paulo**. Ob. cit., p. 420.

(132) *ibidem*, p. 420.

b) proteção e garantia da liberdade e dignidade do homem resumem a finalidade maior da norma constitucional; c) nesse sentido, sempre deve ser orientada a interpretação constitucional; d) nos casos de conflito (mesmo aparente) entre a liberdade e o interesse do governo, aquela deve prevalecer sempre; e) o fim último do Estado é ter o exercício do poder dentro de seus limites" (133).

Não se pode perder de vista, doutra parte, ao se interpretar a Constituição, a sua natureza de "estatuto jurídico do político" (CANOTILHO), o que significa dizer que "a influência dos valores políticos na tarefa da interpretação legitima o recurso aos princípios políticos constitucionalmente estruturantes, mas não pode servir para alicerçar propostas interpretativas que radiquem em qualquer sistema de *supra-infra* ordenação de princípios (ex.: princípio do Estado de Direito mais valioso que o princípio democrático) nem em qualquer idéia de antinomia (...) legitimadora da preferência de certos princípios relativamente a outros (ex.: antinomia entre o princípio do Estado de Direito e o princípio da socialidade solucionando-se a antinomia através do reconhecimento de primazia normativa do primeiro)" (134).

Com a definição da Constituição como um "estatuto jurídico do político", CANOTILHO pretende realçar que o conteúdo eminentemente político das matérias constitucionais - fruto das inevitáveis disputas entre as forças representativas

(133) DANTAS, Ivo. Ob. cit., p. 85.

(134) CANOTILHO, J. J. Gomes. Ob. cit., 5. ed., p. 215.

da sociedade (econômicas, políticas, ideológicas) -, somente adquire uma dimensão de juridicidade relevante quando tais matérias são "disciplinadas por regras preceptivas ou normativas, postas e/ou impostas segundo procedimentos ou processos adequados (=regras jurídicas). Estas regras, nas sociedades modernas, são prevalentemente reveladas por mensagens lingüísticas escritas" (135).

Dito de outro modo, com **VICENTE BARRETO**, em sede de interpretação constitucional, "o recurso a valores políticos é legítimo, na medida em que constituem 'valores' positivados, integrados no conteúdo da norma constitucional: não será, portanto, legítimo o emprego de 'valores políticos' que se relativizam, na medida em que expressam diretrizes de forças políticas hegemônicas em determinado momento histórico" (136).

Em síntese, não pode o intérprete da Constituição desprezar o seu caráter político informador - razão por que os métodos tradicionais de hermenêutica jurídica tornam-se insuficientes para a perfeita concretização da norma fundamental, devendo o exegeta valer-se de métodos próprios de interpretação constitucional, a seguir descritos.

Como bem observa **SUELI SOLANGE CAPITULA**, "restringir-se às regras tradicionais de interpretação supõe desconhecer a finalidade da interpretação constitucional, supõe em

(135) *ibidem*, p. 35.

(136) **BARRETO, Vicente**. "Interpretação Constitucional e Estado Democrático de Direito". *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, n. 203, p. 11-23.

boa medida desconhecer a estrutura interna e os condicionamentos do processo interpretativo. Captar o verdadeiro Sentido das disposições constitucionais e os reflexos das mesmas no ordenamento jurídico exige, além da sensibilidade jurídica (Estatuto jurídico) a sensibilidade política e social (Estatuto do político) com a inclusão de valores para corretamente definir o sentido do Estatuto jurídico do político, ou seja, do instrumento garantidor da execução do interesse público" (137).

Ou, como sintetiza *TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR.*, a respeito das peculiaridades da hermenêutica constitucional (*procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais* em contraposição aos *procedimentos interpretativos de bloqueio*), "a questão hermenêutica deixa de ser um problema de correta subsunção do fato à norma - com sua carga lógica, histórica, sistemática, teleológica e valorativa - para tornar-se um problema de conformação política dos fatos, isto é, de sua transformação conforme um projeto ideológico" (138).

Mas os chamados "valores políticos", norteadores da atividade interpretativa, devem, para tanto, estar retratados no próprio texto da norma constitucional.

Em consequência a essa postura, sustenta acertadamente *EROS ROBERTO GRAU* que "assim como jamais se aplica uma norma jurídica, mas sim o Direito, não se interpretam normas

(137) *CAPITULA, Sueli Solange*. "Interesse Público - Princípio Constitucional Implícito". *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, n. 17, p. 170-87.

(138) *FERRAZ JR., Tércio Sampaio*. *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 13.

constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo" (139). Ou seja: "a interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela - da norma - até a Constituição" (140).

Daí a imensa importância dos Princípios de Interpretação Constitucional, adiante analisados. Por ora, impende reter, ainda com apoio em *EROS ROBERTO GRAU*, que "cada Direito não é mero agregado de normas, porém um conjunto dotado de unidade e coerência, unidade e coerência que repousam precisamente sobre os seus (dele = de um determinado Direito) princípios", o que conduz à conclusão de que "a interpretação jurídica - e assim a interpretação da Constituição - é dominada pela força dos princípios". (141).

2.3. MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como já referido, em razão da existência de valores políticos e sociais ínsitos à Constituição, não se mostram suficientes, para interpretar esta, as chamadas regras da hermenêutica jurídica tradicional, cujo método (jurídico-tradicional) parte da premissa (falsa) de que, sendo a Constituição uma lei, deve a atividade interpretativa limitar-se à descoberta do sentido da norma através dos elementos filológico

(139) GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1990, p. 181.

(140) *ibidem*, p. 181.

(141) *ibidem*, p. 185.

(gramatical), lógico-sistemático, histórico, teleológico e genético.

A crescente complexidade da sociedade industrial e tecnocrática do século XX fez com que os exegetas tradicionais percebessem a inapropriação do método até então empregado, de forte conotação civilista, partindo para o desafio árduo de encontrar novos instrumentos interpretativos que considerassem os esquemas de pensamento e de argumentação da atualidade. Nesse contexto é que surgiram diferentes métodos que, sem ignorar o método jurídico tradicional, contribuíram para sofisticar a interpretação constitucional contemporânea.

Dentre tais novos métodos, a doutrina contemporânea elenca os quatro mais conhecidos, a saber: a) Científico-Espiritual; b) Hermenêutico-Concretizador; c) Tópico-Problemático; e d) Metodica Jurídica Normativo-Estruturante.

2.3.1. MÉTODO CIENTIFICO-ESPIRITUAL

Em linhas gerais, o *Método Científico-Espiritual*, que tem no jurista germânico RUDOLF SMEND o seu principal protagonista (criador da concepção integrativa da Constituição), parte do princípio de que "o recurso à ordem de valores obriga a uma 'captação espiritual' do conteúdo axiológico último da ordem constitucional. A idéia de que a interpretação visa não tanto dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas fundamentalmente compreender o sentido e realidade de uma lei constitucional, conduz à articulação desta lei com a

integração espiritual real da comunidade (com os seus valores, com a realidade existencial do Estado etc.)" (142).

PAULO BONAVIDES acrescenta que, por este método, "o intérprete constitucional deve prender-se sempre à realidade da vida, à concretude da existência, compreendida esta sobretudo pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração" (143).

E conclui: "Graças pois a esse novo meio de interpretação, chega-se a amoldar a Constituição às realidades sociais mais vivas. Já não se menosprezam, em consequência, os chamados fatores extraconstitucionais, que a interpretação formalista costumava ignorar por meta-jurídicos, mas que têm importante lugar na operação integrativa da Constituição. Disso decorre portanto uma plasticidade maior dos textos constitucionais, bem como uma consideração mais larga e expressiva daquilo que se tem chamado 'o espírito da Constituição', que o intérprete deve buscar tanto quanto Montesquieu perscrutava o espírito das leis" (144).

A utilização desse método interpretativo, por conseguinte, torna a Lei Fundamental mais política do que jurídica, na medida em que a própria interpretação também se

(142) CANOTILHO, J. J. Gomes. Ob. cit., 5. ed., p. 221.

(143) BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 437.

(144) *ibidem*, p. 438.

politiza, "permitindo extrair da Constituição, pela análise integrativa, os mais distintos sentidos, conforme os tempos, a época, as circunstâncias" (145). Ou, como sublinha **UADI LAMMEGO BULOS**, "a Constituição, nesse enfoque, é a síntese do ordenamento estatal, no qual se desenvolve a vida do Estado e o seu processo de integração. É a partir dela que é possível perceber os valores primários e superiores da vida constitucional, tais como os direitos humanos, o enunciado do preâmbulo, o território do Estado, a totalidade espiritual que deriva da sua força integrativa. Com efeito, fincam-se na Constituição distintos fatores integrativos, com variáveis graus de legitimidade, os quais vêm enfeixados no sistema constitucional. Este, por sua vez, deve ser compreendido como um todo, com visão de grandiosidade, não só possibilitando a apreensão de um sentido geral, mas também privilegiando sempre a totalidade de que tudo mais deriva como *subtipo* do mesmo conjunto" (146).

2.3.2. MÉTODO HERMENÊUTICO-CONCRETIZADOR

CANOTILHO o resume da seguinte forma: "Este método arranca da idéia de que a leitura de um texto normativo se inicia pela pré-compreensão do seu sentido através do intérprete. A interpretação da constituição também não foge a

(145) *ibidem*, p. 438.

(146) **BULOS, Uadi Lammêgo**. *Manual de Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 44-5.

este processo: é uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efectua uma actividade práctico-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta. No fundo, este método vem realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: (1) os pressupostos subjectivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional; (2) os pressupostos objectivos, isto é, o contexto, actuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica; (3) relação entre o texto e o contexto com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em 'movimento de ir e vir' (círculo hermenêutico)" (147).

Destarte, esse método concretista, desenvolvido por KONRAD HESSE, "considera a interpretação constitucional uma concretização, admitindo que o intérprete, onde houver obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição. De modo que o teor da norma, segundo Hesse, só se completa no ato interpretativo. A concretização, acrescenta o mesmo publicista, pressupõe uma 'compreensão' do conteúdo da norma que se interpreta, sendo relevante na operação interpretativa o vínculo que prende a 'compreensão prévia' do intérprete ao problema cuja solução se busca" (148).

(147) CANOTILHO, J. J. Gomes, Ob. cit., 5. ed., p. 220.

(148) BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 439.

São palavras textuais de KONRAD HESSE: "O intérprete não pode captar o conteúdo da norma desde um ponto quase arquimédico, situado fora da existência histórica, senão unicamente a partir da concreta situação histórica em que se encontra, cuja plasmação conformou seus hábitos mentais, condicionando seus conhecimentos e seus pré-juízos. O intérprete compreende o conteúdo da norma a partir de uma *pré-compreensão*, que é a que vai permitir-lhe contemplar a norma desde certas expectativas, fazer uma idéia do conjunto e perfilar um primeiro projeto carente ainda de comprovação, correção e revisão, através de uma análise mais profunda, até que, como resultado da progressiva aproximação da 'coisa' por parte dos projetos em cada caso revisados, a unicidade de sentido fique claramente fixada" (149).

- (149) HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. de Pedro C. Villalón. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 44: "El intérprete no puede captar el contenido de la norma desde un punto cuasi arquimédico situado fuera de la existencia histórica sino únicamente desde la concreta situación histórica en la que se encuentra, cuya plasmación ha conformado sus hábitos mentales, condicionando sus conocimientos y sus pre-juicios. El intérprete comprende el contenido de la norma a partir de una *pre-comprensión* que es la que va a permitirle contemplar la norma desde ciertas expectativas, hacerse una idea del conjunto y perfilar un primer proyecto necesitado aún de comprobación, corrección y revisión a través de un análisis más profundo, hasta que, como resultado de la progresiva aproximación a la 'cosa' por parte de los proyectos en cada caso revisados, la unicidad de sentido queda claramente fijada".

A tarefa da teoria constitucional, então, será a de estabelecer os fundamentos dessa "compreensão prévia", "que não sendo arbitrária, há de ser porém continuamente revista e corrigida em sua aplicação a cada caso político e concreto". (150).

O que, de todo modo, impende ressaltar, com *UADI L. BOULOS*, é que "o método concretista de interpretação constitucional não descarta os métodos clássicos, nem tampouco os *princípios* que servem de parâmetro para o intérprete, como o da unidade da Constituição, o da concordância prática, o da correção funcional, o da valoração da relevância dos pontos de vista elaborados mediante o critério da eficácia integradora e o da força normativa da Constituição. Associe-se a todos estes vetores a técnica da interpretação tópica que, para o método concretista, é importantíssimo na determinação dos problemas concretos a serem resolvidos pelo intérprete. Daí este método inspirar-se, em grande parte, na teoria tópica largamente desenvolvida na seara jurídica por Viehweg" (151).

Portanto, tal qual o método tópico-problemático, a hermenêutica concretista objetiva também a solução do caso concreto, do problema, mas, diversamente daquele, que admite o primado do problema perante a norma, esta assenta no pressuposto do primado do texto constitucional em face do problema.

Quer isso dizer que o limite da interpretação, no método hermenêutico-concretizador, encontra-se no próprio texto

(150) BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 439.

(151) BULOS, Uadi Lammêgo. Ob. cit., p. 47.

constitucional, não ficando ao alvedrio do intérprete a mera utilização de argumentos ou pontos de vista (*topoi*), sujeitos à prova das opiniões favoráveis ou contrárias, que orientam a descoberta do sentido do texto e a conseqüente solução do problema específico - como apregoa o método tópico, a seguir examinado.

2.3.3. MÉTODO TOPICO-PROBLEMÁTICO

De modo uníssono, assevera a Doutrina que o desenvolvimento da Tópica, como método de interpretação jurídica, deveu-se a THEODOR VIEHWEG e sua famosa obra, "Tópica e Jurisprudência", publicada na Alemanha, em 1955.

BONAVIDES explica que "a exaustão posterior do positivismo racionalista, a par da descrença generalizada em suas soluções, fez inevitável a ressurreição da tópica como método" (152).

Todavia, o professor espanhol JUAN ANTONIO GARCIA AMADO, em monografia dedicada às "Teorias de la Topica Juridica", sustenta que o próprio VIEHWEG deixou claro que, em sua concepção, a tópica não poderia ser entendida como método jurídico, na medida em que, para ele, "método, em sentido próprio, só é aquele proceder que seja estritamente revisável por

(152) BONAVIDES, Paulo. "O Método Tópico de Interpretação Constitucional". *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 98, p. 5-11.

meios lógicos e dê lugar, portanto, a um perfeito sistema dedutivo" (153). Como VIEHWEG nega preeminência, na Tópica, ao sistema dedutivo e de subsunção, acaba por recusar-lhe também a condição de método, preferindo defini-la como uma "técnica de pensar o problema" ou como um "jogo de considerações", ou, ainda, como uma "arte da invenção" (154).

VIEHWEG prefere também vislumbrar, na Jurisprudência impregnada pela Tópica, um "estilo", um procedimento especial de discussão de problemas que, enquanto tal, é objeto da Ciência do Direito. O próprio Direito, aliás, para ele, é conceituado como procedimento, em que o jurídico surge desenhado "con caracteres dinámicos y de actividad" (155).

Mas **GARCIA AMADO** conclui, diante de tudo isto, que aquilo que VIEHWEG chama de "estilo", "arte", "técnica" etc. nada mais é do que denominações de um tipo especial de proceder, que é a Tópica, não se vendo nenhuma utilidade prática ou teórica em negar a esta a condição de método, sem que, ao contrário, ofereça-se uma qualificação alternativa de contornos claros.

Na realidade, a Tópica é uma "técnica de chegar ao problema onde ele se encontra, elegendo o critério ou os

(153) **AMADO, Juan Antonio Garcia.** *Teorias de la Topica Juridica*. Madrid: Civitas, 1988, p. 100: "método, en sentido propio, sólo es aquel proceder que sea estrictamente revisable con medios lógicos y dé lugar, por tanto, a un perfecto sistema deductivo".

(154) *ibidem*, p. 101.

(155) *ibidem*, p. 102.

critérios recomendáveis a uma solução adequada" (156). No dizer de *MARCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO*, "enquanto técnica jurídica da praxis, porquanto procura resolver os problemas concretos, estaria sempre voltada para a determinação do respectivamente justo, ou seja, para a solução particularmente mais adequada para cada caso" (157).

O caráter aberto, por excelência, das normas fundamentais, para os defensores do método tópico, tornam a Constituição o campo ideal de intervenção ou aplicação desta técnica de pensar o problema concreto.

Observa *BONAVIDES* que "dificilmente uma Constituição preenche aquela função de ordem e unidade, que faz possível o sistema se revelar compatível com o dedutivismo metodológico" (158). E prossegue: "Com a tópica, a norma e o sistema perdem o primado. Tornam-se meros pontos de vista ou simples 'topoi', cedendo lugar à hegemonia do problema, eixo fundamental da operação interpretativa. Todos os métodos clássicos são igualmente rebaixados à condição de pontos de vista ou 'topoi', a saber, instrumentos auxiliares que o intérprete em presença do problema poderá empregar ou deixar de fazê-lo, conforme a valia ocasional eventualmente oferecida para lograr a solução precisa. Sendo a Constituição aberta, a interpretação

(156) *BONAVIDES, Paulo*. "O Método Tópico de Interpretação Constitucional", ob. cit., p. 6-7.

(157) *CARVALHO, Márcia Haydée Porto de*. *Hermenêutica Constitucional*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997, p. 63.

(158) *BONAVIDES, Paulo*. "O Método Tópico de Interpretação Constitucional", ob. cit., p. 9.

também o é. Valem para tanto todas as considerações e pontos de vista que concorram ao esclarecimento do caso concreto, não havendo graus de hierarquia entre os distintos 'loci' ministrados pela tópica" (159).

Em síntese, ainda com **BONAVIDES**, "todos os meios interpretativos, segundo a nova escola, podem ser utilizados desde que convenham ao esclarecimento e solução do problema. A abertura metodológica é completa e a argumentação persuasiva terá por ponto de apoio essencial o consenso, e por ponto de partida uma espécie de 'compreensão prévia' (*Vorverständnis*), tanto do problema como da Constituição" (160).

A eficiência, porém, da Tópica envolve uma questão prévia crucial, qual seja, a da seleção dos *topoi* relacionados com o problema a ser solucionado, implicando, em consequência, a exclusão daqueles que lhe forem estranhos. Para tanto, como bem percebe **CANOTILHO**, "é preciso encontrar medidas de valoração dos pontos de vista possíveis, ou seja, determinar as medidas de relevância, os princípios selecionadores dos *topoi* incidentes sobre o problema" (161).

Desse modo, para não recair no casuísmo dos *topoi*, a Jurisprudência Tópica (oposta à Jurisprudência de Valores) procura medidas de relevância, capazes de estabelecer uma certa unidade sistemática. Mas a idéia de sistema, aqui -

(159) *ibidem*, p. 9.

(160) *ibidem*, p. 9.

(161) **CANOTILHO**, J. J. Gomes. Ob. cit., 1. ed. Coimbra: Almedina, 1977, p. 222.

adverte, novamente, **CANOTILHO** - "não é, porém, a idéia do sistema cerrado de conceitos da pandectística, mas a de um sistema aberto e flutuante, mais de natureza teleológica do que de natureza lógica" (162).

Tais medidas de relevância, selecionadoras dos pontos de vista que balizarão a hermenêutica constitucional, não apenas quando utilizado o método tópico, são os chamados *Princípios da Interpretação da Constituição*, adiante examinados.

CANOTILHO, todavia, conclui a análise desse método reservando-lhe críticas, assim postas: "A concretização do texto constitucional a partir dos *topói* merece sérias reticências. Além de poder conduzir a um casuísmo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas. A interpretação é uma actividade normativamente vinculada, constituindo a *constitutio scripta* um limite ineliminável (HESSE), que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema (F. MÜLLER)" (163).

O próprio **HESSE** complementa tal afirmativa, ao dizer que "o método tópico só pode cumprir um papel limitado no marco da interpretação constitucional; tanto mais que o direito Constitucional, como Direito fundamentador da ordem global e concebido como ordem de convivência, não deve ser compreendido pontualmente, a partir de um problema isolado,

(162) *ibidem*, p. 222.

(163) **CANOTILHO**, J. J. Gomes. Ob. cit., 5. ed., p. 220.

como pode ocorrer no Direito privado, ao qual a moderna teoria da interpretação deve a recuperação do pensamento tópico" (164).

2.3.4. METODICA JURIDICA NORMATIVO-ESTRUTURANTE

Inobstante critique a aplicação do método tópico no campo da hermenêutica constitucional, **CANOTILHO** também defende que a interpretação da Constituição tenha por finalidade, em última análise, a solução de um caso concreto, através da obtenção do que ele denomina "*norma de decisão*".

Parte o seu raciocínio do *texto constitucional* (a ser interpretado), o qual passará por diversas fases interpretativas até dele extrair-se a referida *norma de decisão*. Nunca, todavia, é admitida a supremacia do problema (caso concreto) sobre a norma constitucional, daí sua divergência com o método tópico-problemático.

Assim, por *texto constitucional* se deve entender um conjunto de enunciados contidos na Carta Política de um

(164) **HESSE, Konrad**. Ob. cit., p. 53: "el método tópico sólo pueda jugar un papel limitado en el marco de la interpretación constitucional; tanto más cuanto que el Derecho constitucional como Derecho fundamentador del orden global y concebido como orden de convivencia no debe ser comprendido puntualmente, a partir de un problema aislado, como pueda ocurrir en el Derecho privado, al que la moderna teoría de la interpretación debe la recuperación del pensamiento tópico".

país, cujo significado será obtido pelo intérprete, através de um método, tendo em vista o caso concreto a ser solucionado.

O *texto constitucional*, para CANOTILHO, não se confunde com a *norma constitucional*, que consiste num modelo de ordenação juridicamente vinculante, orientado para uma concretização material e constituído pelo *programa normativo* (enunciados lingüísticos) e pelo *setor ou domínio normativo* (constelação de dados da realidade).

Para atingir a *norma constitucional*, a partir do *texto constitucional*, já terá o intérprete atribuído a este, de início, um significado semântico, bem como o investigado sob os prismas sistemático, genético, teleológico, histórico e eventualmente outros também relevantes para o sucesso dessa tarefa (dogmática, teoria de constituição etc.).

A atribuição de significado ao *programa normativo*, que são os enunciados lingüísticos contidos no texto constitucional, e ao *setor normativo* (elementos empíricos, dados da realidade recortados pelo texto constitucional), são a etapa seguinte do processo interpretativo, que conduzirá à obtenção da *norma constitucional*.

Esta, a seu turno, quando realizada, isto é, quando aplicada aos problemas carecidos de decisão (concretização), produz o efeito dito normativo (*normatividade constitucional*). Portanto, a normatividade não é uma qualidade, mas o efeito do procedimento metódico de concretização.

Obtida a *norma constitucional*, ela ainda é uma regra geral e abstrata, "que representa o resultado intermédio

do processo concretizador, mas não é ainda imediatamente normativa. Para se passar da normatividade mediata para a *normatividade concreta*, a norma jurídica precisa de revestir o caráter de *norma de decisão*" (165).

Finalmente, o que é a chamada *norma de decisão*?

Nada mais do que a norma constitucional aplicada a um caso concreto, solucionando-o mediante: "(1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar etc.); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa)" (166).

Enfatize-se, em todo o procedimento metódico acima explicado, o papel fundamental do *agente* da interpretação, ao qual compete, ao fim e ao cabo, colocar a norma em contacto com a realidade.

Doutra parte, lembra *CANOTILHO* que a *norma de decisão* não pode ser tida como uma "grandeza autônoma, independente da norma jurídica", nem como "uma decisão voluntarista do sujeito da concretização; deve, sim, reconduzir-se sempre à norma jurídica geral" (167).

Em suma, a denominada *Metódica Jurídica Normativo-Estruturante*, consoante *CANOTILHO*, possui os seguintes

(165) *CANOTILHO*, J. J. Gomes, Ob. cit., 5. ed., p. 229.

(166) *ibidem*, p. 229.

(167) *ibidem*, p. 230.

postulados básicos: "(1) a metódica jurídica tem como tarefa investigar as várias funções de realização do direito constitucional (legislação, administração, jurisdição) (2) e para captar a transformação das normas a concretizar numa 'decisão prática' (a metódica pretende-se ligada a resolução de problemas práticos) (3) a metódica deve preocupar-se com a estrutura da norma e do texto normativo, com o sentido de normatividade e de processo de concretização, com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas; 4) elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria hermenêutica da norma jurídica que arranca da não identidade entre norma e texto normativo; (5) o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. MÜLLER), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); (6) mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um 'domínio normativo', isto é, um 'pedaço de realidade social' que o programa normativo só parcialmente contempla; (7) conseqüentemente, a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: com os elementos resultantes da interpretação do texto da norma (=elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa)" (168).

(168) *ibidem*, p. 221.

Para os defensores do método ora examinado, "a teoria da interpretação é um conjunto de métodos, catálogos e princípios tópicos da interpretação constitucional que tem por base o método hermenêutico-concretizante. Este catálogo é o ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional. Adotam-se os Princípios da Unidade da Constituição, da Concordância Prática, Correção Funcional, Unidade Política. Através de uma atuação tópica orientada e limitada pela norma haverá de encontrar pontos de vista, colocando-se os pontos a favor e contra e fundamentar a decisão da maneira mais clara e convincente possível (*topoi*). Neste ponto encontra-se a discricionariedade do intérprete: a escolha dos *topoi* a serem utilizados para se desenvolver o raciocínio lógico da interpretação" (169).

Passemos, pois, à análise desses *topoi*, traduzidos nos chamados Princípios de Interpretação Constitucional.

2.4. PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: CONCEITOS

Todo processo de interpretação de uma norma jurídica - e, por conseguinte, também de uma norma constitucional - envolve um juízo de valoração efetuado pelo operador, isto é, pelo sujeito da operação interpretativa. "A valoração do

(169) PIZARRO, Patrícia Ulson. "Interpretação Constitucional: O Método Hermenêutico-Concretizante". *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, n° 17, p. 78-97.

operador" - ensina *GERMAN J. BIDART CAMPOS* - "é, em um sentido, 'subjética', porque é a de um 'sujeito'; toda valoração é feita por um ser humano determinado e, se se socializa porque é compartilhada coletivamente, não deixa por isso de registrar em sua origem aquela autoria. Mas não deve ser subjetiva no sentido de responder exclusivamente à subjetividade relativa do operador, senão 'objetiva' enquanto compute e confira prevalência aos valores que contém o sistema jurídico a que pertencem as normas e aos princípios gerais que, em mancomunação com os valores, expressam um conjunto cultural próprio do mesmo sistema" (170).

Dessume-se dessa preciosa lição que compete aos princípios gerais de Direito (e de Direito Constitucional) a função de expressar o conjunto de valores representativo de cada sistema jurídico. Analogicamente, os princípios de interpretação constitucional traduzem os valores jurídico-culturais que deverão ser levados em conta pelo intérprete na tarefa de concretizar as normas fundamentais, isto é, de atribuir-lhes sentido adequado à solução concreta do conflito apresentado.

(170) CAMPOS, Germán J. Bidart. *La Interpretación del Sistema de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 108: "La valoración del operador es, en un sentido, 'subjética', porque es la de un 'sujeto'; toda valoración es hecha por un ser humano determinado, y si se socializa porque es compartida colectivamente, no deja por eso de registrar en su origen aquella autoria. Pero no debe ser subjetiva en el sentido de responder exclusivamente a la subjetividad relativa del operador, sino 'objetiva' en cuanto compute y confiera prevalencia a los valores que contiene el sistema jurídico al que pertenecen las normas, y a los principios generales que,, en mancomunidad con los valores, expresan un conjunto cultural propio del mismo sistema".

LUIS ROBERTO BARROSO assinala, nesse passo, que "a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema" (171), que seria a de "espelhar a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins" (172).

Dito de outra forma, "os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição, como já vimos, é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que 'costuram' suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos". (173).

(171) BARROSO, Luís Roberto. *Ob. cit.* p. 141.

(172) *ibidem*, p. 141.

(173) *ibidem*, p. 142-3.

FABIO KONDER COMPARATO, a seu turno, também sublinha a dupla função dos princípios no sistema constitucional, alertando que: "Em primeiro lugar, servem eles de critério superior de interpretação das demais normas constitucionais, garantindo com isso a unidade e coerência do sistema. Em segundo lugar, exercem os princípios, sejam eles programáticos ou não, uma função por assim dizer genética, impondo a complementação do sistema por meio da edição de outras normas" (174).

Trazendo-se a questão para o âmbito da hermenêutica constitucional, a doutrina sentiu a necessidade de elencar topicamente os princípios auxiliares na tarefa interpretativa, que fossem "relevantes para a decisão (=resolução) do problema prático (*princípio da relevância*); metodicamente operativos no campo do direito constitucional, articulando direito constitucional formal e material, princípios jurídico-funcionais (ex: *princípio da interpretação das leis conforme a constituição*) e princípios jurídico-materiais (ex: *princípio da unidade da constituição, princípio da efetividade dos direitos fundamentais*); e constitucionalmente praticáveis, isto é, susceptíveis de serem esgrimidos na discussão de problemas constitucionais dentro da base de compromisso cristalizada nas normas constitucionais (*princípio da praticabilidade*)" (175).

(174) COMPARATO, Fábio Konder. "Eficácia Constitucional", ob. cit., p. 46.

(175) CANOTILHO, J. J. Gomes. Ob. cit., 5. ed., p. 232.

Na visão de KONRAD HESSE, "aos princípios da interpretação constitucional corresponde a missão de orientar e dar causa ao processo de relação, coordenação e valoração dos pontos de vista ou considerações que devem levar à solução do problema" (176).

A seguir, uma sucinta abordagem desses Princípios de Interpretação Constitucional, segundo a ótica de HESSE e CANOTILHO.

2.5. PRINCIPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, SEGUNDO KONRAD HESSE E J. J. GOMES CANOTILHO

2.5.1. O PRINCIPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

"O direito constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas, e, sobretudo, entre os princípios jurídico-políticos constitucionalmente estruturantes", cumprindo ao intérprete "sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios" (177).

(176) HESSE, Konrad. Ob. cit., p. 47-8: "a los principios de la interpretación constitucional les corresponde la misión de orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que deben llevar a la solución del problema".

(177) CANOTILHO, J. J. Gomes. Ob. cit., 5. ed., p. 232-3.

Noutro dizer, o princípio da Unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex: art. 5º, par. 1º com art. 5º, LXXI, ambos da Carta Política Brasileira de 1988).

Especificamente no tocante ao exemplo dado acima, **TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR.** advoga a tese de que a única maneira de compatibilizar os dois preceitos constitucionais supracitados é a de considerar que as normas que compõem o rol dos direitos sociais têm uma "*função eficaz de resguardo*"; ou seja, "em princípio, tais normas admitem uma aplicabilidade imediata, embora a competência legislativa positivamente vinculada no referente aos meios não possa ser esquecida. Assim, diante da impossibilidade de aplicação imediata, o próprio constituinte prevê o instrumento adequado à solidariedade postulada entre o fim já articulado e o meio que lhe é complementar: o mandado de injunção" (178).

É de **HESSE**, todavia, a definição mais precisa do princípio em foco, ao pontificar: "todas as normas constitucionais não de ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais. A única solução do problema coerente com este princípio é a que se encontre em consonância com as decisões básicas da Constituição e evite sua

(178) **FERRAZ JR.**, Tércio Sampaio. Ob. cit., p. 17.

limitação unilateral a aspectos parciais" (179).

Finalmente, nesse tópico, cresce também a importância das *normas programáticas*, enquanto elementos que encerram parâmetros ao legislador infraconstitucional e ao próprio intérprete, em íntima conexão com outros *topoi* interpretativos - nominadamente o *Princípio da Efetividade dos Direitos Fundamentais*, adiante examinado.

2.5.2. O PRINCÍPIO DO EFEITO INTEGRADOR

Associado ao princípio da Unidade da Constituição, o *princípio do Efeito Integrador* significa que, "na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política, posto que essa é uma das finalidades primordiais da Constituição" (180).

Aqui impende reiterar o conceito de Constituição como estatuto jurídico do político. Interpretar a Lei Maior sempre de modo a conduzir a soluções não reducionistas, não autoritárias, que integrem e reforcem a unidade política - este o desiderato contido no princípio ora investigado. "Como tópico

(179) HESSE, Konrad. Ob. cit., p. 48: "todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales. La única solución del problema coherente con este principio es la que se encuentre en consonancia con las decisiones básicas de la Constitución y evite su limitación unilateral a aspectos parciales".

(180) COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 91.

argumentativo, o princípio do efeito integrador não assenta numa concepção integracionista de Estado e da sociedade (conducente a reducionismos, autoritarismos e transpersonalismos políticos), antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras" (181), registra **CANOTILHO**.

Como Carta Política que é, a Constituição traz em seu bojo compromissos fundamentais, sob a forma de princípios, os quais deverão servir de parâmetro para a interpretação das normas constitucionais de modo a que seja sempre preservada a unidade política pretendida pela Lei Superior. Por isso, na esteira do que afiança **MARCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO**, "uma Constituição deve ser interpretada de modo a tornar efetivos seus princípios políticos fundamentais, pois tais princípios configuram-se nas escolhas primeiras, fundamentais, feitas pelo constituinte, e como tais precisam ser respeitados, sob pena de a Constituição perder o seu valor jurídico" (182).

2.5.3. PRINCIPIO DA MAXIMA EFETIVIDADE

Também denominado *princípio da Eficiência ou da Interpretação Efetiva*, pode ser formulado da seguinte maneira: "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê".

(181) **CANOTILHO**, J. J. Gomes. Ob. cit., 5. ed. p. 233.

(182) **CARVALHO**, Márcia Haydée Porto de. Ob. cit., p. 73.

Hoje invocado, sobretudo, no âmbito dos direitos fundamentais, este princípio é de insuperável importância, na medida em que assevera dever-se preferir, em caso de dúvida, a interpretação que reconheça maior eficácia àqueles direitos.

CANOTILHO o vislumbra como uma idéia de otimização ou maximização dos direitos e garantias essenciais. "A interpretação procurará dar aos direitos fundamentais uma concretização socialmente efetiva, captar o seu vigor 'irradiante' e 'atuante'. Na dúvida, a interpretação deve estender o âmbito de eficácia da norma e não enveredar por uma 'marcha em direção ao vazio', ou seja, para restrições ao conteúdo dos direitos fundamentais" (183).

Aplicando esse princípio à Constituição brasileira, LUIS ROBERTO BARROSO elenca as seguintes conclusões, que, por sua percuciência, merecem reprodução integral: "1) A Constituição, sem prejuízo de sua vocação prospectiva e transformadora, deve conter-se em limites de razoabilidade no regramento das relações de que cuida, para não comprometer o seu caráter de instrumento normativo da realidade social; 2) As normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa; 3). As normas constitucionais devem estruturar-se e ordenar-se de forma tal que possibilitem a pronta identificação da posição jurídica em que investem os jurisdicionados; 4) Tais posições devem ser resguardadas por instrumentos de tutela adequados, aptos à

(183) CANOTILHO, J. J. Gomes. Ob. cit., 1. ed., p. 228.

sua realização prática, representados pelos meios processuais de proteção dos direitos, ou seja, as diversas ações dedutíveis perante o Poder Judiciário; 5) Para procurar dar efetividade às normas constitucionais em casos de inconstitucionalidade por omissão, o ordenamento brasileiro prevê o mandado de injunção e a ação direta da inconstitucionalidade por omissão; 6) No mandado de injunção, a despeito de posição divergente do Supremo Tribunal Federal, a maior parte da doutrina converge para o entendimento de que compete ao Judiciário suprir a omissão normativa, formulando para o caso concreto, e com efeito apenas *inter partes*, a regra integrativa do comando constitucional; 7) Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão o controle é exercido em abstrato, tendo por objeto dar-se ciência formal da omissão normativa ao Poder competente, para adoção das providências necessárias, ou, em se tratando de órgão administrativo, para que tome tais providência em trinta dias" (184).

2.5.4. PRINCIPIO DA CONFORMIDADE FUNCIONAL (JUS-TEZA)

Malgrado hoje tenda a ser considerado mais como um princípio autônomo de competência do que propriamente um princípio de interpretação da constituição, o fato é que por *Conformidade Funcional* quer-se traduzir a vedação, em sede de

(184) BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 243-4.

concretização da constituição, quanto à modificação de funções nela fixadas.

Rectius: "o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido" (185).

Por conseguinte, é defeso à Corte Constitucional de um país decidir o caso concreto sem observância das competências funcionais de cada esfera de Poder (Legislativo ou Executivo). Exemplo: o tribunal não pode pretender legislar no caso concreto, com efeito *erga omnes*, em substituição ao constituinte, na hipótese de ausência de norma específica solucionadora do problema no ordenamento jurídico constitucional.

2.5.5. PRINCIPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA (HARMONIZAÇÃO)

Relacionado aos princípios da Unidade da Constituição e do Efeito Integrador, o *princípio da Concordância Prática* "impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou em concorrência de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros" (186).

Como não há hierarquia de valor entre os bens protegidos pela *Lex Maxima*, devem-se estabelecer limites e condicionamentos recíprocos, de modo a obter uma harmonização

(185) CANOTILHO, J. J. Gomes. Ob. cit., 5. ed., p. 233-4.

(186) *ibidem*, p. 234.

entre eles. Isto acaba por exigir do intérprete ponderações nem sempre destituídas de carga política, mas que não podem efetuar-se sempre numa única direção.

Assim, não se pode sobrepor, por exemplo, o princípio garantidor da propriedade privada àquele que a vincula à sua função social, ou vice-versa. Será com supedâneo nos princípios informadores da própria Constituição, através da metodologia retro desenvolvida, que o intérprete, num processo criativo, buscará solucionar o problema concreto, harmonizando o quanto possível os dois preceitos fundamentais.

Exemplo concreto: o Poder Público Municipal não pode, como regra, exigir do contribuinte que pague, a título de IPTU, um valor que represente parcela significativa do preço de mercado do imóvel, sob pena de se poder configurar utilização de tributo com efeito de confisco. Todavia, nas hipóteses constitucionalmente previstas no artigo 182, par. 4º, desde que preenchidos os requisitos ali arrolados, a alíquota do imposto municipal poderá ser elevada progressivamente no tempo, a fim de desestimular o proprietário que não atenda as exigências do plano diretor. Quer dizer, sem violar o direito à propriedade privada do cidadão contribuinte, a Administração pode forçar-lhe o uso de conformidade com sua função social.

Como veremos no terceiro capítulo desse trabalho, o Princípio da Concordância Prática relaciona-se intrinsecamente com o Princípio da Proporcionalidade, na medida em que este último também pode ser utilizado como princípio de interpretação constitucional. A ponderação dos valores em jogo, de modo a

harmonizar as normas que os contêm (normas-princípio) para obtenção de solução do caso concreto compatível com o sistema constitucional vigente, implica fazer uso do critério aqui analisado.

2.5.6. PRINCIPIO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

CANOTILHO assim o sintetiza: "Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Conseqüentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a actualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência" (187).

Todavia, é **KONRAD HESSE**, em obra específica sobre o tema, que melhor explica este tão importante princípio de interpretação constitucional. Diz ele, inicialmente, que "a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras

(187) *ibidem*, p. 235.

próprias que não podem ser desconsideradas" (188).

Em seguida, porém, o mesmo autor destaca que " a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas" (189).

Mais adiante, *HESSE*, sem desprezar os fatores políticos, sociais e históricos, é categórico em afirmar que a Constituição não é apenas o resultado destes. Ela carrega consigo aquilo que o mestre alemão chama de "*vontade de Constituição*", que, quando presente, transformará a Lei Maior em força

(188) *HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição, ob. cit., p. 14-5.*

(189) *ibidem, p. 15.*

ativa. "Essa vontade de Constituição" - explica - "origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade" (190).

Prosseguindo suas considerações a respeito da relevância da denominada "vontade de Constituição", *HESSE* assevera que quanto mais intensa esta for, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição. Mas observa: "A vontade de Constituição não é capaz, porém, de suprimir esses limites. Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, de que se conforme a Constituição a esses limites. Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura

(190) *ibidem*, p. 19-20.

verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio" (191).

E arremata o seu brilhante raciocínio, definindo o verdadeiro papel confiado à Ciência do Direito Constitucional, no sentido de desvendar as condições em que as normas fundamentais adquirem maior eficácia possível. "A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões do poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder (*Ma-chtfragen*)" (192).

"Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa" (193) - conclui KONRAD HESSE.

(191) *ibidem*, p. 24-5.

(192) *ibidem*, p. 27.

(193) *ibidem*, p. 27.

2.5.7. PRINCIPIO DA INTERPRETAÇÃO

CONFORME A CONSTITUIÇÃO:

Além desses princípios de hermenêutica constitucional surge, autonomamente e com expressivo destaque, o princípio da Interpretação das Leis em conformidade com a Constituição, que **PAULO BONAVIDES** prefere classificar como método especial de interpretação da lei ordinária em face da *Lex Legum*.

Desenvolvido pelo Tribunal Constitucional alemão, significa essencialmente que nenhuma lei deverá ser declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação em harmonia com a Carta Política, sem, com isso, perder o seu sentido.

BONAVIDES o traduz de forma cristalina: "Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento da inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada conforme a Constituição, será portanto considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde naturalmente que haja a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição" (194).

CANOTILHO, entretanto, registra que tal interpretação só é possível quando exista, em primeiro lugar, um

(194) **BONAVIDES, Paulo**. *Curso de Direito Constitucional*, ob. cit., p. 474.

"espaço de decisão", isto é, uma margem de manobra interpretativa e, em segundo lugar, que o fato de preferir o agente aquela interpretação da lei que a conforme com a Constituição não possa jamais desbordar para uma interpretação flagrantemente *contra legem*.

Noutros termos, "a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente recognoscível da lei, ou em manifesta dessintonia com os objectivos pretendidos pelo legislador" (195).

JORGE MIRANDA, por sua vez, adverte que "a interpretação conforme à Constituição não consiste tanto em escolher entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito, o que seja mais conforme com a Constituição, quanto em discernir no limite - na fronteira da inconstitucionalidade - um sentido que, conquanto não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido necessário e o que se torna possível por virtude da força conformadora da Lei Fundamental" (196).

A seu turno, **INOCÊNCIO MARTIRES COELHO** também procura enfatizar o limite estabelecido pelo princípio *sub examen*, ao dizer que, na tarefa de obter, dentre vários sentidos

(195) CANOTILHO, J. J. Gomes. Ob. cit., 5. ed., p. 236.

(196) MIRANDA, Jorge. Ob. cit., p. 233.

possíveis para a norma infraconstitucional, aquele que melhor se conforme com a Constituição, é vedado ao intérprete, no entanto - "a pretexto de conseguir essa conformidade - contrariar o sentido literal da lei e o objetivo que o legislador, inequivocamente, pretendeu alcançar com a regulamentação" (197).

Aí, portanto, o ponto fundamental: descobrir os limites de toda e qualquer interpretação constitucional. Saber o intérprete até aonde pode ir, na sua árdua tarefa de atribuir sentido ao texto, sem dissociá-lo da sua letra e dos objetivos pretendidos pelo legislador.

É o item seguinte desse trabalho.

2.6. LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

CANOTILHO, mais uma vez, é - a nosso ver - quem melhor elucida o problema da mudança e da reforma da Constituição por meio da interpretação, chamando de *mutação ou transição constitucional* a primeira hipótese (admissível, em termos) e de *alteração* a segunda (sempre vedada).

Diz ele, em síntese, que uma Constituição pode ser flexível sem deixar de ser firme, isto é, admitir, por força da necessidade permanente de adequar o programa à esfera

(197) COELHO, Inocência Mártires. Ob. cit., p. 92.

normativa (o conteúdo abstrato da norma à realidade por ela regulada), transições constitucionais que, malgrado traduzam uma mudança de sentido em algumas normas (provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional), não contrariem os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da Lei Máxima. "O reconhecimento destas *mutações constitucionais silenciosas* (*stillen Verfassungswandlungen*) é ainda um ato legítimo de interpretação constitucional" - completa (198).

Muito diferente, entretanto, é se aceitarem as tentativas de legitimação de uma interpretação constitucional criadora que, com justificação na força normativa dos fatos, pretenda "constitucionalizar" uma **alteração** constitucional, em inequívoca contradição com o seu Texto.

Isto corresponderia à validação da tese da *interpretação da Constituição conforme as leis*, a qual visa a introduzir na Carta Superior, de modo sutil e gradual, alterações no sentido desta, através das leis infraconstitucionais a ela anteriores ou posteriores, a pretexto de atualizá-la ou adequá-la à realidade concreta atual.

Tal procedimento interpretativo, que **CANOTILHO** denomina de "uma leitura da constituição de baixo para cima", no mínimo, corre o risco de tornar-se inconstitucional, "quer porque o sentido das leis passadas ganhou um significado completamente diferente na constituição, quer porque as leis novas podem elas próprias ter introduzido alterações de sentido

(198) CANOTILHO, J. J. Gomes. Ob. cit., 5. ed., p. 238.

inconstitucionais". E, na pior das hipóteses, "pode conduzir à derrocada interna da constituição por obra do legislador e outros órgãos concretizadores, e à formação de uma constituição legal paralela, pretensamente mais próxima dos momentos «meta-jurídicos» (sociológicos e políticos)" (199).

Ainda mais enfático, **KONRAD HESSE**, sobre o tema, pontifica: "Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode - ou deve - provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, torna-se inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente" (201).

Destarte, se o intérprete da Constituição, no

(199) *ibidem*, pp. 238-9.

(200) **HESSE, Konrad**. *A Força Normativa da Constituição*, ob. cit., p. 23.

exercício de sua função criadora de concretizar a norma atribuindo-lhe o sentido que melhor solucione o conflito de interesses apresentado, deixar de observar os dois limites estabelecidos para a sua tarefa - o próprio texto da norma (proposição constitucional) e a sua nítida vontade normativa (vontade de Constituição) -, estará provocando uma inadmissível alteração constitucional. Contudo, se outro resultado não for alcançável pela interpretação da norma - isto é, se a finalidade da proposição constitucional, diante da realidade instalada, não mais puder ser realizada -, o trabalho do intérprete considerar-se-á esgotado, só restando o caminho da revisão da Constituição.

2.7. OS SUJEITOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Antes, porém, de passarmos ao último capítulo desta dissertação, que versará especificamente sobre o Princípio da Proporcionalidade e o seu uso como princípio de interpretação constitucional, cremos ser importante discorrer um pouco mais sobre esse ser tão poderoso - o *intérprete da Constituição* -, ao qual se confere o poder imenso de dar vida nova (e renovada) a uma norma fundamental em cada concreta situação de conflito que demande solução jurisdicional.

Quem é ele, afinal?

Será correto atribuir tal papel exclusivamente ao juiz ou apenas ao jurista, ou deve-se, em contrapartida, ampliar esse rol para abranger, inclusive, aqueles que, sem serem profissionais do Direito, também "vivem a norma", no sentido de que são afetados pelos efeitos que essa produz?

Para deslindar essa controvertida questão, vem a lume o chamado *Método Concretista da Constituição Aberta*, idealizado por *PETER HÄBERLE*.

Em linhas genéricas, este emérito professor alemão da Universidade de Augsburg defende a tese de que "quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la (...). Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada" (201).

Para *PAULO BONAVIDES*, tal método parece desdobrar-se em três pontos principais: "o primeiro, o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição; o segundo, o conceito de interpretação como um processo aberto e público; e, finalmente, o terceiro, ou seja, a referência desse conceito à Constituição mesma, como realidade constituída e 'publicização'" (202).

A interpretação da Constituição, assim, "serve de

(201) HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 13-4.

(202) BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, ob. cit., p. 466.

ponte para ligar o cidadão, como intérprete, ao jurista, como hermeneuta profissional. Com isso se faz juridicamente relevante a interpretação viva do cidadão em face daquela que empreende, por vias cognitivas e racionais, o jurista habilitado; a primeira impessoal, a segunda, exercitada consciente e personalizadamente" (203).

Prossegue **BONAVIDES** lecionando que, à época da Hermenêutica tradicional, "costumava-se tratar a interpretação constitucional como uma operação impregnada de oficialidade (estatalidade) e formalismo tanto na prática como na teoria, obra 'exclusiva' de juristas especializados" (204).

HÄBERLE procura alargar-lhe o âmbito, "de sorte que dela participem potencialmente todas as forças da comunidade política" (205).

"Todo o intérprete, afirma **HÄBERLE**, é orientado pela teoria e pela prática, mas essa prática, na sua essência, não se forma unicamente dos intérpretes oficiais da Constituição. A seguir, busca ele até certo ponto legitimar as influências, expectativas e 'pressões' sociais a que o juiz inelutavelmente se acha exposto, contra os que, de maneira falsa e pouco realista, vêem nisso tão-somente uma ameaça a sua independência" (206).

(203) **BONAVIDES, Paulo**. "O Método Concretista da Constituição Aberta". *Jornal O Estado de São Paulo*, Suplemento Cultural n° 206.

(204) *ibidem*.

(205) *ibidem*.

(206) *ibidem*.

"Aquelas influências e pressões - escreve ele - impedem a arbitrariedade na interpretação judicial. De sorte que a garantia da independência do juiz só se tolera na medida em que as outras funções estatais e o pluralismo público fornecem 'material' para a lei. Tudo isso vem em socorro da tese de que todos estão incluídos no processo de interpretação da Constituição, ainda aqueles que não são diretamente atingidos pelo ato interpretativo!" (207).

Sobressai, destarte, o papel do *pluralismo* no campo da interpretação constitucional, no sentido de que a sua força produtiva nasce "do jogo alternativo do dissenso e do consenso, que estabelece por igual a unidade - aberta - da *res publica*, pressupondo-se nessa concepção um desenvolvimento contínuo do pluralismo como teoria e como prática da Constituição" (208).

Daí se depreende um novo conceito de Democracia, distinto do da *vontade geral* de *Rousseau*, vez que substitui o povo-massa, absoluto, possuidor de um gênero de direito divino, por um *povo-cidadão*, artífice de uma democracia de cidadãos.

O povo, para *HÄBERLE*, "não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a

(207) *ibidem*.

(208) *ibidem*.

interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão" (209).

Todavia, para que esta nova metodologia, fruto do aperfeiçoamento da Tópica, não incorra em equívocos insuperáveis, mister que se esclareçam as duas modalidades de interpretação constitucional por ela admitidas - suas funções e limites respectivos.

A interpretação em sentido amplo, defendida por *HÄBERLE*, que pode ser titularizada por qualquer um do povo, tem por significado destacar o entendimento informal do Texto Constitucional apreendido pelo cidadão comum ou por uma expressiva parcela da sociedade, sem que tal compreensão possua força vinculativa perante os órgãos que terão por função concretizar a norma fundamental, embora se admita o seu enorme efeito de pressão.

É, assim, não apenas louvável, mas extremamente importante que a sociedade manifeste, com freqüência e clareza, a sua visão acerca de dado dispositivo constitucional, ainda que a interpretação a ele emprestada possa não se conformar ao sentido original dimanado dos compromissos e princípios que regulam a Carta Magna.

A realidade é que esse ponto de vista do povo, na medida em que traduza o sentido que a parcela maior da

(209) *HÄBERLE*, Peter. Ob. cit., p. 37.

sociedade deseja atribuir à norma constitucional, acabará certamente por influenciar os chamados intérpretes oficiais da Constituição e, até mesmo, o Juiz. Isso se refletirá mais claramente, por exemplo, na interpretação realizada com apoio no Princípio da Proporcionalidade, em que, na indispensável ponderação dos valores em conflito, o magistrado atribua à norma fundamental o mesmo sentido pré-compreendido pela maioria dos cidadãos em determinado caso concreto.

CAPITULO III

O PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE E A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

3.1. DEFINIÇÕES A RESPEITO DO PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE

Incurtionando pela doutrina germânica contemporânea, **PAULO BONAVIDES** descreve o Princípio da Proporcionalidade como aquele que "se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo" (210).

Prossegue o emérito constitucionalista brasileiro, afirmando que **MULLER** entende haver "violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta" (211).

E arremata: "O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) pretende, por conseguinte, instituir, como acentua **Gentz**, a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso (*eine Ubermassskontrolle*)" (212).

(210) **BONAVIDES**, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, ob. cit., p. 357.

(211) *ibidem*, p. 357.

(212) *ibidem*, p. 357.

GILMAR FERREIRA MENDES, outro profundo estudioso do direito alemão, acrescenta que "a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade" (213).

Este princípio é, na visão de **MARCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO**, "uma verdadeira garantia constitucional que tem uma dupla função: protege os cidadãos contra os abusos do poder estatal e serve de método interpretativo de apoio para o juiz quando este precisa resolver problemas de compatibilidade e de conformidade na tarefa de densificação ou concretização das normas constitucionais" (214).

Com outras palavras, **LUIS ROBERTO BARROSO** encarece que "o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça" (215). Abordando a utilização concreta daquele princípio no controle da razoabilidade dos atos de caráter normativo, **BARROSO** assevera: "A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente far-se-á diante de

(213) **MENDES**, Gilmar Ferreira. "A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: IOB, nº 23, 1ª Quinzena de Dezembro de 1994, verbete n. 1/8175, p. 475-469.

(214) **CARVALHO**, Márcia Haydée Porto de. Ob. cit., p. 74.

(215) **BARROSO**, Luís Roberto. Ob. cit., p. 204.

certas circunstâncias concretas; será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Desse modo, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disso, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre esses elementos" (216).

No mesmo timbre soa a lição de **RAQUEL DENIZE STUMM**, supedaneada nos escólios abalizados de CANOTILHO e ENGISH: "O princípio da proporcionalidade em sentido amplo é também chamado de princípio da proibição do excesso, possuindo como características que o diferenciam da proporcionalidade em sentido estrito a exigência da análise da relação de meios e fins. A expressão 'princípio da proibição do excesso' é aplicável no âmbito do controle legislativo, onde 'suscita o problema do espaço de decisão dos órgãos legiferantes' (Canotilho, 1982, p. 198), questionando a adequação dos atos legislativos aos fins expressos ou implícitos das normas constitucionais. 'As valorações do legislador não podem ser isoladas. Elas têm de ser relacionadas com outras valorações que estão por de trás da

(216) *ibidem*, p. 206.

lei e imprimem o seu cunho ao Direito' (English, 1988, p. 379)" (217).

Acrescenta CANOTILHO, nessa linha, que "proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem (*sic*). Trata-se, pois, de um princípio jurídico-material de 'justa medida' (LARENZ)" (218).

A seu turno, SUZANA DE TOLEDO BARROS, discorrendo sobre as variantes terminológicas utilizadas para traduzir a idéia de proporcionalidade ou de razoabilidade, informa que ambas as expressões têm sido indistintamente invocadas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, quando quer "expressar a exigência de que a causa do pedido ou do próprio recurso esteja articulada com o fim pleiteado, em uma relação, portanto, lógica, e em harmonia com a ordem jurídica vigente" (219). Mas anota que "os alemães utilizam, indiscriminadamente, o termo proporcionalidade ou proibição de excesso (*Übermass*) para designar o princípio que os americanos tratam por razoabilidade" (220). E conclui: "A expressão proporcionalidade tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é

(217) STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 78-9.

(218) CANOTILHO, J. J. Gomes. Ob. cit., 5ª ed., p. 177.

(219) BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 1996, p. 69.

(220) *ibidem*, p. 70.

a de equilíbrio: há, nela, a idéia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Mas a proporcionalidade em sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito" (221).

Finalmente, o constitucionalista argentino **JUAN FRANCISCO LINARES** elenca alguns significados que se têm emprestado ao termo "razoabilidade" nos meios jurídicos. São eles: "a) Na técnica se fala de meios razoáveis para obter certo fim. É dizer, se vislumbra uma certa racional adequação de meios a fins. Se trata, pois, de uma razoabilidade técnica; b) Em axiologia jurídica se fala de razoabilidade quando se busca o fundamento dos valores específicos do plexo axiológico: solidariedade, cooperação, poder, paz, seguridade, ordem e se o acha no valor de totalidade chamado justiça. A justiça é, assim, racionalizadora dos outros valores. Estes são razoáveis enquanto se fundam na justiça; c) Em ciência do direito a razoabilidade se apresenta quando se busca a razão suficiente de uma conduta compartilhada. Essa razão pode ser de *essência*, quando a conduta se funda em uma norma jurídica; de *existência* quando o fundamento é o mero fato de que o comportamento

(221) *ibidem*, p. 71.

jurídico se dá; e, de verdade quando tem fundamento de justiça" (222).

Todavia, não obstante a variedade dos conceitos desenvolvidos pela doutrina relativamente ao princípio em foco, a realidade é que este, para restar bem compreendido, exige a sua decomposição em três subprincípios (ou elementos), a saber: a) o da adequação; b) o da necessidade; e c) o da proporcionalidade em sentido estrito. Cada um deles será examinado, à luz dos autores estrangeiros e pátrios, no próximo item.

3.2. OS ELEMENTOS OU SUBPRINCIPIOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Como acima referido, a aplicação do Princípio da Proporcionalidade na solução de um caso concreto se dá pela verificação, na espécie, da presença de três elementos

(222) LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las Leyes*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 108: "a) En la técnica se habla de medios razonables para obtener cierto fin. Es decir, se mienta una cierta razional adecuación de medios a fines. Se trata, pues, de una razonabilidad técnica; b) En axiología jurídica se habla de razonabilidad cuando se busca el fundamento de los valores específicos del plexo axiológico: solidaridad, cooperación, poder, paz, seguridad, orden y se lo halla em el valor de totalidad llamado justicia. La justicia es así racionalizadora de los otros valores. Éstos son razonables en cuanto se fundan en la justicia; c) En ciencia del derecho la razonabilidad se presenta cuando se busca la razón suficiente de una conducta compartida. Esa razón puede ser de *esencia*, cuando la conducta se funda en una norma jurídica; de *existencia* cuando el fundamento es el mero hecho de que el comportamiento jurídico se da; y de *verdad* cuando tiene fundamento de justicia".

essenciais: a *adequação* dos meios utilizados pelo legislador consecução dos fins pretendidos; a *necessidade* da utilização daqueles meios (e de nenhum outro, menos gravoso, em seu lugar); e a efetiva *razoabilidade* da medida (proporcionalidade em sentido estrito), aferida por meio de uma "rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador" (223):

O conceito de mais difícil compreensão, sem dúvida, é o último, em face, principalmente, de sua aparente semelhança de sentido com o próprio Princípio da Proporcionalidade (*lato sensu*). Convém, portanto, tentar desde logo definir cada um daqueles subprincípios, com apoio na lição dos doutos.

3.2.1. Adequação de Meios (Conformidade ou Idoneidade)

Este elemento é compreendido por **PAULO BONAVIDES**, sempre escorçado na doutrina alemã contemporânea, como "a pertinência ou aptidão (*Geegnetheit*) que, segundo Zimmerli, nos deve dizer se determinada medida representa 'o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público', conforme a linguagem constitucional dos tribunais. Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Logo se percebe que esse princípio confina ou até mesmo se confunde com o da vedação de arbítrio (*Übermassverbot*), que alguns utilizam

(223) MENDES, Gilmar Ferreira, Ob. cit., p. 475.

com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade. Com o desígnio de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, faz-se mister, portanto, que 'a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido', ou, segundo Hans Huber, que mediante seu auxílio se possa alcançar o fim desejado" (224).

Importa compreender aqui, com **SUZANA DE TOLEDO BARROS**, que "sob a perspectiva da adequação, resta excluída qualquer consideração no tocante ao grau de eficácia dos meios tidos como aptos a alcançar o fim desejado. A questão sobre a escolha do meio melhor, menos gravoso ao cidadão, já entra na órbita do princípio da necessidade" (225).

Portanto, sob o prisma da adequação, em face do princípio da proporcionalidade, o que se exige para a constitucionalidade do ato normativo limitador de um direito fundamental é, simplesmente, que o meio eleito para a consecução do objetivo almejado tenha condições para tanto, isto é, que seja apto, capaz, de lograr o desiderato pretendido. "Entendido o princípio da proporcionalidade como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações aos direitos fundamentais, a adequação dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade

(224) **BONAVIDES, Paulo**. *Curso de Direito Constitucional*, ob. cit., p. 360.

(225) **BARROS, Suzana de Toledo**. Ob. cit., p. 74.

perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional" (226).

A postura do juiz diante do caso concreto, em situações como a acima descrita (controle de constitucionalidade de lei restritiva de direito fundamental), deverá, em primeiro plano, ser a seguinte: a) descobrir a razão que motivou o legislador a proceder àquela limitação; b) concluindo existir autorização constitucional para que o legislador agisse da forma como agiu - ou seja, para criar a restrição normativa -, caberá ao magistrado aferir se tal medida eleita é idônea, apta, capaz de alcançar o fim consignado na Lei Maior.

Denominando essa tarefa do juiz de verificação da "razoabilidade externa" da norma, que se contrapõe à sua "razoabilidade interna" - "existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins" (227) - **BARROSO** elucida a diferença com um exemplo: "De outra parte, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional. Se a lei contravir valores expressos ou implícitos no Texto Constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o seja internamente. Suponha-se, por exemplo, que, diante da impossibilidade de conter a degradação

(226) *ibidem*, p. 74.

(227) **BARROSO**, Luís Roberto, Ob. cit., p. 206.

acelerada da qualidade de vida urbana (motivo), a autoridade municipal impedisse o ingresso nos limites da cidade de qualquer não-residente que não fosse capaz de provar estar apenas em trânsito (meio), com o que reduziria significativamente a demanda por habitações e equipamentos urbanos (fim). Norma desse teor poderia até ser internamente razoável, mas não passaria no teste de razoabilidade diante da Constituição, por contrariar princípios como o federativo, o da igualdade entre brasileiros etc." (228).

RAQUEL DENIZE STUMM, procurando sintetizar o teor desse subprincípio da adequação, preconiza, com escorço em CANOTILHO, que "a medida que pretende realizar o interesse público deve ser adequada aos fins subjacentes a que visa concretizar. O controle dos atos do poder público (poderes legislativo e executivo), que devem atender à 'relação de adequação medida-fim', pressupõe a investigação e prova de sua aptidão para e sua conformidade com os fins que motivaram a sua adoção (Canotilho, 1991, p. 387)" (229).

Também na doutrina alienígena a noção de adequação entre os meios e os fins, como subprincípio do princípio da proporcionalidade, é objeto de estudo. **LINARES QUINTANA**, jurista argentino de nomeada, parece considerar esse

(228) *ibidem*, p. 207.

(229) **STUMM**, Raquel Denize. Ob. cit., p. 79.

elemento como preponderante para a definição de lei razoável, a saber: "Se a lei processual priva da possibilidade acionar, de defender-se, de produzir prova, de alegar, de impugnar a sentença, de ser julgado por juízes idôneos, em termos não razoáveis, é inconstitucional. Deve, então, ser invalidada, como tal, dentro dos termos que institui o direito positivo para anular o efeito de leis violadoras da Constituição. A idéia de razoabilidade pode determinar-se em forma genérica como uma relação adequada entre o fim e os meios; ou, em forma específica, ante as particularidades de cada caso concreto, em uma casuística de ampla extensão" (230).

A lição supra transcrita serve, pois, perfeitamente, para enfatizar a idéia de adequação entre os meios escolhidos pelo legislador e os fins perseguidos pela Constituição, mas sem descuidar, doutra parte, dos demais elementos (necessidade e proporcionalidades em sentido estrito). Impende ressaltar que o atendimento ao Princípio da

(230) LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. 2. ed. Buenos Aires: Plus Ultra, 1980, p. 99-100: "Si la ley procesal priva de la posibilidad de accionar, de defenderse, de producir prueba, de alegar de impugnar la sentencia, de ser juzgado por jueces idôneos, en términos no razoables, es inconstitucional. Debe, entonces, ser invalidada, como tal, dentro de los términos que instituye el derecho positivo para anular el efecto de las leyes violatorias de la Constitución. La idea de razonabilidad puede determinarse en forma genérica como una relación adecuada entre el fin y los medios; o en forma específica, ante las particularidades de cada caso concreto, en una casuística de amplia extensión".

Proporcionalidade não prescinde de nenhum dos três elementos citados, os quais devem estar presentes juntos, no ato legislativo ou administrativo que se pretenda constitucional. É dizer: só será constitucional, em face do referido princípio, a norma legal ou ato administrativo que seja, ao mesmo tempo, adequada, necessária e razoável.

3.2.2. Necessidade (Exigibilidade):

Por esse subprincípio se deve entender, na esteira de **SUZANA DE TOLEDO BARROS**, que "a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa" (231).

Assim, constatada, em um primeiro plano, a aptidão da lei restritiva para atingir o fim perseguido pelo Texto Constitucional (proteção e efetivação de um determinado direito fundamental), o passo seguinte, na tarefa de controlar a constitucionalidade da limitação normativa, é aferir se a imposição do legislador era, realmente, naquele preciso instante, além de imprescindível para assegurar o exercício do direito fundamental objeto da restrição (fim), o instrumento (meio) mais eficaz e menos oneroso para o cidadão.

Em síntese, o objetivo almejado pela Constituição não pode ser atingido de outra maneira, que afete menos o

(231) **BARROS, Suzana de Toledo**. Ob. cit., p. 76.

indivíduo, a não ser através daquela eleita pelo legislador infra-constitucional, no momento em que estipulada a norma limitadora de um direito fundamental. Investiga-se concretamente se, no propósito de garantir o exercício do direito fundamental, o legislador fora forçado a criar a limitação e se aquela específica restrição selecionada era, de fato, a melhor para o caso (isto é, mais eficaz e menos gravosa para o jurisdicionado).

PAULO BONAVIDES, ao explicar esse crucial elemento do Princípio da Proporcionalidade, socorre-se do escólio de autores europeus. "O publicista francês Xavier Philippe, por sua vez, assevera que o princípio pode ser ilustrado pela seguinte máxima: 'de dois males, faz-se mister escolher o menor'. E acrescenta que pela necessidade não se questiona a escolha operada 'mas o meio empregado' e que este 'deve ser dosado para chegar ao fim pretendido'. Em outras palavras - conforme o comentário de Maunz/Dürig - de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave ('*das Prinzip der Wahl des mildesten Mittels*')" (232).

Conjuminando a adequação e a necessidade até agora examinadas, o Tribunal Constitucional alemão vem decidindo, de longa data, no sentido de declarar a

(232) BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, ob. cit., p. 361.

inconstitucionalidade de leis que não preencham ambos os elementos, como se infere do o seguinte precedente de 1971: "O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental" (233).

Entretanto, além desses dois elementos ou sub-princípios, compõe-se o Princípio da Proporcionalidade de mais um, não menos importante: o da proporcionalidade em sentido estrito, a seguir analisado.

3.2.3. Proporcionalidade em Sentido Estrito:

O último elemento do Princípio da Proporcionalidade, convencionou a Doutrina chamar de proporcionalidade em sentido estrito, para diferenciá-lo do nome do princípio propriamente dito.

Aqui, o aspecto chave é a ponderação, a relação "custo-benefício", ou seja, a verificação das vantagens e desvantagens resultantes para o cidadão, a partir dos meios utilizados pelo legislador com vistas à obtenção dos fins perseguidos pela norma constitucional.

(233) apud GUERRA FILHO, Willis S. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1989, p. 87.

Vale dizer, se a fórmula legal adotada, além de adequada e necessária, for a que mais benefícios trouxer ao(s) titular(es) do direito fundamental, no tocante à sua proteção e concretização, terá ela atendido ao Princípio da Proporcionalidade em todos os seus elementos.

BARROSO sintetiza: "Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de Canotilho, trata-se de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim" (234).

Citando **PIERRE MULLER**, **PAULO BONAVIDES** faz referência a uma "escolha" do meio pelo legislador, diante do conjunto dos interesses em jogo. "Quem utiliza o princípio, segundo esse constitucionalista, se defronta ao mesmo passo com uma obrigação e uma interdição; obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados" (235).

Ponderar meios e fins, vantagens e desvantagens, danos e benefícios - eis uma das tarefas essenciais do legislador, ao editar lei reguladora do Texto Constitucional, e também do Judiciário, ao controlar a constitucionalidade da mesma lei sob o prisma do Princípio da Proporcionalidade. "A lei da ponderação pode ser expressa da seguinte maneira:

(234) **BARROSO**, Luís Roberto. Ob. cit., p. 208-9.

(235) **BONAVIDES**, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, ob. cit., p. 361.

`quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro' (...). Os princípios *prima facie* possuem sempre pesos relativos e pela necessidade de otimizar as possibilidades jurídicas, eles só podem ser restringidos à medida que não sejam afetados mais do que o necessário para a aplicação do outro. A lei da ponderação possui dois momentos: no primeiro, importa a satisfação do princípio oposto e no segundo, há a formulação de um mandado (...) que se expressa através de regras. A ponderação não é um procedimento abstrato ou geral (...), ao contrário, é um trabalho de otimização que atende ao princípio da concordância prática" (236).

Neste passo, **SUZANA DE TOLEDO BARROS** alerta para o fato de que "o juiz, quando considera adequada a relação entre determinada restrição e o fim a que se destina, ou mesmo quando reconhece a inexistência de outro meio menos gravoso que pudesse conduzir ao mesmo resultado, nem por isso está a cancelar uma providência que imponha ônus demasiados ao cidadão. Há situações em que é plenamente possível identificar um desequilíbrio na relação meio-fim, sem que se possa concluir pela desnecessidade da providência legislativa, porque não está em causa a existência de outra medida menos lesiva, mas, sim, a precedência de um bem ou interesse sobre outro" (237).

(236) STUMM, Raquel Denize. Ob. cit., p. 81.

(237) BARROS, Suzana de Toledo. Ob. cit., p. 80.

Situação desse tipo acaba de ser decidida pela Suprema Corte norte-americana, que julgou inconstitucional, por ferir o Princípio da Proporcionalidade, lei federal que vedava a divulgação de mensagens de teor pornográfico através da Internet, visando à proteção dos menores usuários da rede. Sob o fundamento de que tal medida restritiva fere o princípio maior da liberdade de expressão (contido na I Emenda), o qual se sobrepõe ao direito dos menores (ou de seus pais) de usar a rede sem o bombardeio de anúncios e mensagens de forte apelo erótico, aquele Tribunal declarou contrária à Constituição, por irrazoável, a denominada "Lei da Decência na Comunicação", sancionada em 1996 pelo Presidente Bill Clinton. A síntese do julgado vem assim estampada no voto do culto relator, Juiz John Paul Stevens: "Não obstante a legitimidade e a importância do objetivo de proteger crianças de material danoso, essa lei fere o direito de liberdade de expressão protegido pela Primeira Emenda Constitucional" (238).

Portanto, a ponderação entre dois direitos fundamentais atingidos pela medida legal restritiva, para definir-se, no caso concreto, se o dano provocado a um deles em benefício da proteção do outro se justifica ante os objetivos maiores pretendidos pela Constituição, consiste exatamente no cerne do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Convém, contudo, não perder de vista a advertência de *SUZANA DE TOLEDO BARROS* acerca da amplitude e da

(238) "Justiça dos EUA Proíbe Censura na Internet". *Jornal Folha de São Paulo*. Caderno 1, 27.06.97, p. 18.

generalidade do juízo de ponderação exigido por esse elemento do Princípio da Razoabilidade: "A proporcionalidade em sentido estrito, como visto, é um princípio que pauta a atividade do legislador segundo a exigência de uma equânime distribuição de ônus. Todavia, por si, não indica a justa medida do caso concreto. Esta há de ser inferida a partir da técnica de ponderação de bens, na qual o juízo de valoração de quem edita ou controla a medida restritiva de direito é bastante amplo, dando margem à tese, defendida por muitos, de que se trata de tarefa impossível de ser efetuada, pela dificuldade de separar, medir e comparar valores e interesses em conflito" (239).

3.3. SÍNTESE HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Percebe-se uma sintonia doutrinária a respeito do fato histórico alavancador do surgimento do Princípio da Proporcionalidade: a passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, em que o poder absoluto até então exercido pelo monarca - ilimitado quanto aos fins e aos meios empregados - tornou-se objeto de controle por parte de outros órgãos, geralmente o Judiciário.

Observa *SUZANA DE TOLEDO BARROS* que "o germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos

(239) *BARROS, Suzana de Toledo. Ob. cit., p. 82-3.*

oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII" (240).

LUIZ ROBERTO BARROSO corrobora esse entendimento, ao afirmar que "o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. De fato, sua matriz remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na *Magna Carta*, de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo" (241). Mas sublinha, em contrapartida, que "modernamente, sua consagração em texto positivo se deu através das emendas 5ª e 14ª à Constituição norte-americana. A cláusula do *due process of law* tornou-se uma das principais fontes da expressiva jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo dos últimos dois séculos" (242).

A seu turno, restringindo ainda mais o âmbito da investigação histórica do princípio em tela, RAQUEL DENIZE STUMM enfatiza: "Tendo experimentado uma origem jurídico-penal e um grande desenvolvimento no âmbito administrativo, a exigência da observância da proporcionalidade abrange toda a atuação estatal, inclusive a legislativa. Constitui, principalmente após a II Guerra mundial, um imperativo

(240) *ibidem*, p. 33.

(241) BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 198.

(242) *ibidem*, p. 198.

substancial do Estado de Direito, que impõe o 'exercício moderado de seu poder' (Penalva, 1990, p. 281). De grande utilização no Estado Social, devido principalmente ao seu caráter intervencionista, visa proteger a autonomia (os direitos individuais) do cidadão" (243).

Todavia, apesar de a Inglaterra ser reconhecida como o berço do Princípio da Proporcionalidade, interessar-nos-á mais o desenvolvimento daquele cânone constitucional nos Direitos norte-americano e alemão, posto que se trata de dois países com Constituição escrita e que, nesse tópico específico, vêm influenciando sobremaneira a Jurisprudência da Suprema Corte brasileira, na aplicação do referido princípio como instrumento de solução concreta de conflitos entre os interesses do Estado e os direitos fundamentais dos cidadãos.

3.3.1. O Princípio da Razoabilidade no Direito Norte-Americano

Nos Estados Unidos, onde é denominado Princípio da Razoabilidade, o Princípio da Proporcionalidade foi fruto da grande liberdade de criação do Direito que o sistema federal-republicano norte-americano concede, até hoje, aos seus juízes. Como explica **SUZANA DE TOLEDO BARROS**, "ao contrário do que ocorreu na França, nos Estados Unidos desenvolveu-se, no período pré-revolucionário, uma desconfiança em relação ao parlamento, em face das experiências dos colonos, que tiveram

(243) STUMM, Raquel Denize. Ob. cit., p. 120-1.

seus direitos postergados inúmeras vezes pela prepotência das assembléias e dos governadores nomeados pela Coroa, sobretudo com relação ao direito de propriedade. Por outro lado, o Parlamento inglês, no período colonial, pouca influência tinha na América, pois não se reconhecia seu poder além mar. Eram, as colônias americanas, patrimônio do rei" (244).

Noutros termos, a mesma autora sintetiza as razões históricas que levaram ao desenvolvimento do Princípio da Razoabilidade (Proporcionalidade) no direito constitucional estadunidense: "O meio técnico hábil - o controle da constitucionalidade das leis - associado ao *due process of law* consignado nas emendas quinta e décima-quarta da Constituição vêm garantindo, ao longo da história do *judicial review*, a mais ampla proteção - mas não perfeita - dos direitos fundamentais na América do Norte. Inspirado na *common law*, que garantiu aos juízes americanos maior desenvolvimento do direito por meio da prática jurisprudencial, e sob a influência do jusnaturalismo, que tem o Direito como ideal de justiça e limite à atuação do Estado intervencionista, o modelo americano de controle vem permitindo refrear o arbítrio do legislador e do administrador, pela sindicância da razoabilidade dos atos governamentais" (245).

Impende registrar, para melhor compreensão da matéria, que o chamado *Princípio do Devido Processo Legal*,

(244) BARROS, Suzana de Toledo. *Ob. cit.*, p. 55.

(245) *ibidem*, p. 57-8.

sedes materiae do Princípio da Razoabilidade (ou Proporcionalidade), nos EUA, subdivide-se em duas concepções bem distintas, as quais convivem até os dias atuais.

A primeira, do Procedural Due Process, reveste-se de um caráter estritamente processual, isto é, excludente de qualquer possibilidade conferida ao Judiciário de controlar os aspectos de justiça ou arbitrariedade dos diplomas normativos oriundos do Legislativo. Esclarece **LUIS ROBERTO BARROSO** que se tratava - e ainda se trata - de uma garantia inicialmente voltada à regularidade do processo penal, estendida, a *posteriori*, aos processos civil e administrativo. "Seu campo de incidência recaía notadamente no direito ao contraditório e à ampla defesa, incluindo questões como o direito a advogado e ao acesso à justiça para os que não tinham recursos" (246).

Já a segunda concepção daquele princípio - o Substantive Due Process - representou, pode-se dizer, a ascensão do papel do Judiciário no sistema de poderes norte-americano, ao permitir aos tribunais "um amplo espaço de exame de mérito dos atos do Poder Público, com a redefinição da noção de discricionariedade" (247). É que a cláusula da razoabilidade, ainda segundo **BARROSO**, "enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins."

(246) **BARROSO**, Luís Roberto. Ob. cit., p. 200.

(247) *ibidem*, p. 200.

Somente presentes essas condições poder-se-á admitir a limitação a algum direito individual" (248).

Cronologicamente, as duas formulações do Princípio do Devido Processo Legal americano se alternaram na Jurisprudência da Suprema Corte daquele país da seguinte maneira:

a) no primeiro momento após a promulgação da Emenda XIV à Constituição (21.07.1868), o devido processo era interpretado pela Suprema Corte exclusivamente como garantia processual. "O tribunal não se considera com atribuições para rever o arbítrio do legislador, malgrado as emendas V e XIV", assinala *LINARES* (249);

b) do final do século XIX até o *New Deal* (plano de reestruturação do país, implantado por Roosevelt após a Crise de 1929), prevaleceu o *Substantive Due Process*, como reação ao intervencionismo estatal na ordem econômica. "A Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado na idéia do *laissez-faire*, pelo qual o desenvolvimento é melhor fomentado com a menor interferência possível do Poder Público nos negócios privados" (250). Como exemplo cristalino dessa postura da Alta Corte norte-americana, *LINARES* cita o

(248) *ibidem*, p. 200.

(249) *LINARES*, Juan Francisco. Ob. cit., p. 31: "El tribunal no se considera con atribuciones para rever el arbitrio del legislador, pese a las enmiendas V y XIV".

(250) *BARROSO*, Luís Roberto. Ob. cit., p. 201.

caso "Davidson vs. New Orleans", no qual restou decidido que "o substantivo direito à vida, liberdade e propriedade está protegido pela limitação do devido processo" (251);

c) a terceira fase pode ser demarcada pela primeira reeleição do Presidente Roosevelt, em 1936, quando o conflito entre o Executivo e o Judiciário já alcançara o seu mais agudo limite: haviam sido declaradas inconstitucionais inúmeras leis sociais e econômicas reputadas pelo Governo como essenciais à recuperação do país. A Suprema Corte, então, pressionada pelos demais Poderes e pela opinião pública, acabou por mudar sua orientação anterior, abdicando do exame de mérito das normas de cunho econômico e, com isso, encerrando o controle substantivo de tais leis. Assim, passou a prevalecer novamente a concepção do *Procedural Due Process*, em detrimento do *Substantive Due Process*. **BARROSO** cita como exemplo dessa alteração de rumos do Excelso Pretório americano "o julgamento de *West Coast vs. Parrish*, 300 U. S. 379 (1937), onde a Corte, revertendo decisão anterior em *Adkins vs. Children's Hospital*, considerou constitucional lei estadual que estabelecia salário mínimo para mulheres" (252);

(251) LINARES, Juan Francisco. Ob. cit., p. 20: "el sustantivo derecho de la vida, libertad y propiedad está protegido por la limitación del debido proceso".

(252) BARROSO, Luís Roberto, Ob. cit., p. 202, nota 159.

d) Finalmente, após esse curto período batizado de sociológico pela doutrina, caracterizado por um recuo no controle da razoabilidade das leis pelo Judiciário, a Suprema Corte voltou a proceder a essa investigação, embora de modo mais cauteloso, mas sem abdicar de "aferir a legitimidade das medidas legislativas que importem, de qualquer modo, uma restrição à esfera de liberdade do cidadão americano" (253). Tal orientação jurisprudencial, de intervir para controlar as leis atinentes às liberdades pessoais, vem prevalecendo naquele Tribunal nas últimas décadas, como forma de assegurar o respeito aos direitos fundamentais de cada cidadão (liberdade de expressão, de religião, de participação política, de privacidade etc.).

3.3.2. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Alemão

Segundo **SUZANA DE TOLEDO BARROS**, "a importância de todo o estudo do princípio da proporcionalidade na Alemanha deve-se ao fato de que aí ele ganhou o seu contorno atual, alçado que foi do direito administrativo ao direito constitucional por obra do *Bundesverfassungsgericht*, o qual; a partir da Segunda Guerra Mundial, foi cunhando paulatinamente o princípio por meio de inúmeras decisões reconhecendo que o legislador não se deve exceder na sua liberdade de conformação dos direitos fundamentais" (254).

(253) **BARROS**, Suzana de Toledo. Ob. cit., p. 63.

(254) *ibidem*, p. 42-3.

De referir-se que tal fato é decorrência da própria história recente do povo germânico, marcado pela trágica experiência do nacional-socialismo de Hitler, que revelou a insuficiência de uma boa Constituição - como a de Weimar, de 1919 - para assegurar o cumprimento efetivo dos direitos sociais, sendo imprescindível conferir ao Judiciário instrumentos legais capazes de fazer valer aquelas garantias, sempre que o Estado as ameace com atos executivos e/ou legislativos.

Por isso é que a atual Carta Política germânica, promulgada a 23.05.49, fez, na percutiente observação de **JORGE MIRANDA**, "uma clara profissão de fé na dignidade da pessoa humana e admite, implícita ou explicitamente, que o direito natural limita o poder do Estado" (255).

Exemplo concreto disso é o artigo 19 daquela Constituição, que consagra o chamado "Princípio de Proteção do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais", traduzido na exigência de que qualquer restrição que se faça a estes deve-se dar por meio de lei necessária, geral e que não afete o seu conteúdo essencial, garantindo ampla possibilidade de acesso ao Judiciário, na hipótese de sua violação por parte do Estado.

O Tribunal Constitucional Federal, nesta linha, preocupado com a preservação da essência dos direitos fundamentais, entende o Princípio da Proporcionalidade (ou da Proibição de Excesso) como instrumento jurisdicional de garantia daqueles

(255) **MIRANDA, Jorge**. Ob. cit., V. 1, p. 209.

direitos, interpretando-o e o aplicando de modo a que, consoante *LUIS AFONSO HECK*, "o particular fique preservado de intervenções desnecessárias e excessivas; uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público. Assim, a intervenção precisa ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, nem deve gravar em excesso o afetado, i.e., deve poder ser dele exigível" (256).

Aduz, ainda, *GILMAR FERREIRA MENDES* que, "no Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de Direito. Cuida-se, fundamentalmente, de aferir a compatibilidade entre meios e fins, de molde a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais" (257).

Em síntese, a Corte Suprema da Alemanha, atualmente, consolidou a teoria de que a violação ao princípio da proporcionalidade, por qualquer de seus aspectos (adequação, necessidade ou proporcionalidade em sentido estrito), acarreta a inconstitucionalidade da providência legislativa, valendo-se, pois, do referido princípio como um parâmetro técnico para o

(256) *HECK, Luís Afonso. O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 177.*

(257) *MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 43.*

controle de razoabilidade das leis. Tal postura, de acordo com **SUZANA DE TOLEDO BARROS**, "representou uma virada científica de grande repercussão junto aos países europeus que adotam controle jurisdicional de constitucionalidade, como Portugal, Espanha, Itália e Austria, irradiando-se mais recentemente ao Brasil, por intermédio da forte influência dos constitucionalistas portugueses na doutrina e jurisprudência nacionais" (258).

3.4. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: O ARTIGO 5º, INCISO LIV

Ao contrário dos Estados que, como Portugal e Alemanha, prevêm expressamente em suas respectivas Constituições o princípio ora enfocado, no ordenamento jurídico brasileiro essa previsão é implícita, havendo divergência doutrinária acerca da norma constitucional supedaneadora da proporcionalidade.

Alguns, capitaneados por **PAULO BONAVIDES**, preconizam que "no Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se

(258) **BARROS, Suzana de Toledo**. Ob. cit., p. 45.

atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito" (259).

Após ilustrar com exemplos concretos a tese de que a idéia de proporcionalidade pode ser vislumbrada a partir de diversas normas da Carta Política de 1988 (art. 5º, incisos V, X e XXV; art. 7º, incisos IV, V e XXI; art. 36, par. 3º; art. 37, inciso IX; art. 40, inciso III, alíneas 'c' e 'd', e par. 4º; art. 40, inciso V; art. 71, inciso VIII; art. 84, parágrafo único; art. 129, incisos II e IX; art. 170, *caput*; art. 173, *caput* e par. 3º, 4º e 5º; art. 174, par. 1º; e art. 175, inciso IV), **BONAVIDES** alerta que "é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional" (260).

E arremata: "O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como 'norma jurídica global', flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o par. 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento

(259) **BONAVIDES, Paulo**. *Curso de Direito Constitucional*, ob. cit., p. 395.

(260) *ibidem*, p. 396.

decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição" (261).

Contudo, malgrado a incontestável autoridade do mestre cearense, a sua tese não encontra, nesse particular, o aplauso da maioria dos doutrinadores pátrios, que defende o artigo 5º, inciso LIV, da Lei Maior brasileira como o escorço constitucional do Princípio da Proporcionalidade. Ou seja, para essa corrente majoritária, a *sedes materiae* da proporcionalidade, em nosso ordenamento jurídico, é o Princípio do Devido Processo Legal.

GILMAR FERREIRA MENDES, interpretando importantes decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, algumas delas examinadas nesta dissertação, conclui, de modo categórico, que aqueles precedentes consolidam "o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem a *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV). Por outro lado, afirma-se de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido). Vê-se, pois, que o

(261) *ibidem*, p. 396.

princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é plenamente compatível com a ordem constitucional brasileira. A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu para reconhecer que esse princípio tem hoje a sua *sedes materiae* no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal" (262).

Semelhante posição adota **SUZANA DE TOLEDO BARROS**, a saber: "Ainda sinalizando mudanças substanciais para dar especial proteção aos direitos fundamentais, a Constituição de 1988, mantendo a garantia da eternidade (art. 60, par. 4º, IV) e o princípio da reserva legal (art. 5º, II), ampliou o princípio da proteção judiciária (art. 5º, XXXV) com a criação de instrumentos processuais tendentes a coibir a omissão legislativa, como o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, par. 2º), e explicitou a garantia do devido processo legal para a restrição da liberdade ou da propriedade (art. 5º, LIV)".

"O princípio da proporcionalidade," - continua a doutrinadora - "como uma das várias idéias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima

(262) MENDES, Gilmar Ferreira. "A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", ob. cit., p. 469.

eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes (Hesse)".

"Entre estas idéias principais, o princípio da proporcionalidade complementa o princípio da reserva legal (art. 5º, II), entendido este como submissão de uma determinada matéria - como a dos direitos fundamentais - exclusivamente à lei formal. E ao complementá-lo," - finaliza - "a ele se incorpora, de modo a converter-se no princípio da reserva legal proporcional ou, ainda, no devido processo legal substancial" (263).

De fato, também nos parece que o dispositivo que melhor se presta a sediar o Princípio da Proporcionalidade, na vigente Carta Política brasileira, é o inciso LIV do artigo 5º, assegurado do denominado *Substantive Due Process of Law* - garantia que consiste "na exigência constitucional de que as leis devem ser razoáveis, é dizer, que devem conter uma equivalência entre o fato antecedente da norma jurídica criada e o fato conseqüente da prestação ou sanção, tendo em conta as circunstâncias sociais que motivaram o ato, os fins perseguidos com ele e o meio que, como prestação ou sanção, estabelece dito ato" (264).

(263) BARROS, Suzana de Toledo. Ob. cit., p. 89-90.

(264) LINARES, Juan Francisco. Ob. cit., p. 31: "en la exigencia constitucional de que las leyes deben ser razonables, es decir, que deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho conseqüente de la prestación o sanción teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que como prestación o sanción establece dicho acto".

Para concluir esse tópico, não é despiciendo colacionar a compreensão dos doutos sobre o Princípio da Proporcionalidade em si e a forma como pode servir ele de parâmetro para o controle de constitucionalidade de atos de natureza administrativa ou legislativa.

CELSONO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO assim define o mencionado princípio: "Este princípio enuncia a idéia singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada, de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atrelados. Sobremodo quando a administração restringe situação jurídica dos administradores além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém está obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público. Logo, o *plus*, o excesso acaso existente, não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual. Percebe-se que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente alvejável são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes. (...). Ora, já se viu que inadequação à finalidade da lei é inadequação à própria lei. Donde, atos desproporcionais são ilegais e por isso fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, em sendo provocado, deverá invalidá-los quando

impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado" (265).

A seu turno, versando sobre os limites impostos pela noção de proporcionalidade (razoabilidade) ao exercício do poder de polícia, **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO** enfatiza que este não pode "ir além do necessário para a satisfação do interesse público que se visa proteger; a sua finalidade não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionando-o ao bem estar social; só poderá reduzi-los quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais" (266). Desse modo, admite a autora a imposição eventual de restrições aos direitos fundamentais em favor de uma maior amplitude do exercício do poder de polícia, desde que em casos específicos e muito bem determinados, quando absolutamente imprescindíveis ao alcance dos objetivos essenciais perseguidos pela própria Constituição.

Ilustrando tal situação, **LUIS AFONSO HECK** extrai da jurisprudência do Tribunal Federal Alemão os critérios para aferição da constitucionalidade das regulações legais do exercício de determinada profissão, os quais têm plena validade também em nosso ordenamento jurídico. São eles: "a) o legislador somente pode limitar o livre exercício da profissão no interesse do bem-estar comum e para a solução daquelas tarefas

(265) **BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio.** *Elementos de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: RT, 1992, p. 66-7.

(266) **DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.** *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991, p. 93.

objetivas, que podem justificar o seu tornar-se ativo e não contrariam a ordem de valores da Lei Fundamental. Além disso, o legislador deve ter condições de poder justificar a intervenção nesse direito fundamental com considerações apropriadas e razoáveis e não deve abusar de sua potestade legislativa para fins inadequados; b) o meio empregado pelo legislador deve ser apropriado e necessário para alcançar a finalidade almejada. O meio é apropriado se, com o seu auxílio, o resultado desejado pode ser promovido; é necessário, se o legislador não pôde escolher um outro meio, igualmente eficaz, porém, não limitante desse direito fundamental, ou, sequer menos perceptível; c) numa harmonização global entre a gravidade da intervenção, o peso e a urgência dos motivos que a justificam, o limite da exigibilidade ainda precisa estar mantido. Quanto mais sensivelmente os exercitantes profissionais são afetados, tanto mais fortes devem ser os interesses do bem-estar comum, a cuja serventia essa regulação é determinada" (267).

Por conseguinte, a idéia de proporcionalidade, além de consagrada constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro (art. 5º, LIV), mostra-se também presente nos demais campos do Direito, dando azo à declaração de inconstitucionalidade dos atos e das regras que violarem o conteúdo daquele princípio, insitamente relacionado à própria noção de justiça.

(267) HECK, Luís Afonso. Ob. cit., p. 181.

3.5. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ALGUNS PRECEDENTES

Neste tópico, examinaremos alguns precedentes da mais alta Corte de Justiça nacional nos quais a noção de proporcionalidade - ou de razoabilidade ou de proibição de excesso - serviu de fundamento para a decretação da inconstitucionalidade de lei ou de ato administrativo. Sem pretensões de esgotar o rol, já significativo, de decisões nesse sentido, pinçaremos aquelas que, a nosso juízo, mais claramente revelam a evolução do uso, pelo Supremo Tribunal Federal, do hoje constitucionalmente reconhecido "Princípio da Proporcionalidade".

Não parece divergir a doutrina pátria ao considerar pioneira, na aplicação da razoabilidade como critério de controle da constitucionalidade, a decisão prolatada no **Recurso Extraordinário n. 18.331** (Rel. Min. Orozimbo Nonato, 21.09.51). Ali, o Pretório Excelso julgou excessiva a majoração do imposto sobre cabines de banho, perpetrada por lei do Município de Santos/SP, extraíndo-se o seguinte excerto do voto do eminente Relator: *"O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a*

doutrina fecunda do détournement de pouvoir. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode-se acender não somente considerando a letra, o texto, como também, e principalmente, o espírito e o dispositivo invocado" (268).

Percebe-se, no transcrito aresto, que, embora não expressamente referida a violação à proporcionalidade como princípio - idéia, àquela época, ainda não desenvolvida no Direito brasileiro -, a realidade é que, com escorço na doutrina francesa do "desvio de poder", admitiu o STF, no caso concreto, a inconstitucionalidade de determinada norma legal em face da falta de razoabilidade entre os motivos por ela elencados e certos direitos fundamentais previstos na Lei Maior (direito de propriedade, liberdade de trabalho etc.).

Portanto, em última análise, mesmo implicitamente, os cultos Ministros anteviram o vício da inconstitucionalidade na desproporção entre os meios eleitos pela lei concretamente impugnada e os fins perseguidos pela Constituição, posto que, na espécie, a majoração do tributo resultava na sua utilização com efeito de confisco, implicando a destruição, na prática, do direito à propriedade privada e da liberdade de exercício de profissão lícita.

A partir desse julgado, a Suprema Corte brasileira passou a produzir outras decisões em que a idéia de

(268) Revista Forense. Rio: Forense, n. 145, p. 164.

proporcionalidade ou da razoabilidade era manejada como parâmetro de controle da constitucionalidade de atos administrativos e legislativos. Assim, por exemplo, os importantes acórdãos lavrados no RMS n. 16.912, de 31.08.67 (Rel. Min. Victor Nunes Leal, RTJ 45/530) e no HC n. 45.232, de 21.02.68 (Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, RTJ, 44/322), os quais, em plena ditadura militar, representaram algum alento na defesa dos direitos e garantias individuais contra a opressão do regime.

Mas é no julgamento da Representação n. 930-DF (Relator para o acórdão Min. Rodrigues Alckmin, 05.05.76) que se pode notar, na observação percuciente de *SUZANA DE TOLEDO BARROS*, uma "mudança no enfoque da matéria" (269), na medida em que o mais elevado sodalício nacional passa a reconhecer o Princípio da Proporcionalidade como positivado em nosso sistema jurídico.

Tratava a espécie da inconstitucionalidade de lei regulamentadora da profissão de corretor de imóveis, que impunha, para o seu exercício, o registro no respectivo Conselho. O douto Relator, valendo-se da lição do jurista argentino *FIORINI*, assim iniciou o seu voto: *"Não há dúvida de que as leis regulamentárias não podem destruir as liberdades consagradas como invioláveis e fundamentais. Qual deve ser a forma como deve atuar o legislador quando sanciona normas limitativas dos*

(269) *BARROS, Suzana de Toledo. Ob. cit., p. 105.*

os direitos individuais? A mesma pergunta pode referir-se ao administrador quando concretiza atos particulares. Se o Estado democrático exhibe o valor inestimável democrático, com caráter absoluto, como a pessoa humana, aqui se chega à primeira regra para qualquer classe de limitações. A pessoa humana antes de tudo. Tendo em mira este suposto fundante, é como deve atuar com caráter razoável a regulamentação policial. A Jurisprudência e a lógica jurídica instituíram quatro princípios que regem este fazer: 1º) a limitação deve ser justificada; 2º) o meio utilizado, isto é, a quantidade e o modo da medida, deve ser adequado ao fim desejado; 3º) o meio e o fim utilizados devem manifestar-se proporcionalmente; 4º) todas as medidas devem ser limitadas. A razoabilidade se expressa com a justificação, adequação, proporcionalidade e restrição das normas que se sancionem" (270).

(270) MENDES, Gilmar Ferreira. "A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", ob. cit., p. 473: "No hay duda que las leyes reglamentarias no pueden destruir las libertades consagradas como inviolables y fundamentales. Cual debe ser la forma como debe actuar el legislador cuando sanciona normas limitativas sobre los derechos individuales? La misma pregunta puede referirse al administrador cuando concreta actos particulares. Si el Estado democrático exhibe el valor inapreciable con carácter absoluto como es la persona humana, aquí se halla la primera regla que rige cualquier clase de limitaciones. La persona humana ante todo. Teniendo en mira este supuesto fundante, es como debe actuar con carácter razonable la reglamentación policial. La jurisprudencia y lógica jurídica han instituido cuatro principios que rigen este hacer: 1º) la limitación debe ser justificada; 2º) el medio utilizado, es decir, la cantidad y el modo de la medida, debe ser adecuado al fin deseado; 3º) el medio y el fin utilizados deben manifestarse proporcionalmente; 4º) todas las medidas deben ser limitadas. La razonabilidad se expresa con la justificación, adecuación, proporcionalidad y restricción de las normas que se sancionen".

Refutando, por inconstitucional, a desarrazoada cobrança, oriunda da norma legal impugnada (Lei n. 4.116/62), de um abstruso "atestado de capacidade" pelo órgão de classe, concluiu o voto prevalecente: "A regulamentação dessa profissão, portanto, em princípio, já não atende às exigências de justificação, adequação, proporcionalidade e restrição, que constituem o critério de razoabilidade, indispensável para legitimar o poder de polícia" (271). E aduziu, finalmente, para bem elucidar o conteúdo e o alcance do princípio agora reconhecido como norma de direito positivo em nosso ordenamento jurídico: "a) a Constituição Federal assegura a liberdade de exercício de profissão. O legislador ordinário não pode nulificar ou desconhecer esse direito ao livre exercício profissional (Cooley, *Constitutional Limitations*, pág. 209, (...)) Nor, where fundamental rights are declared by the constitutions, is it necessary at the same time to prohibit the legislature, in express terms, from taking them away. The declaration is itself a prohibition, and is inserted in the constitution for the express purpose of operating as a restriction upon legislative power). Pode somente limitar ou disciplinar esse exercício pela exigência de condições de capacidade, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos; b) ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das

(271) BARROS, Suzana de Toledo. Ob. cit., p. 107.

profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não; c) a liberdade do exercício de profissão se opõe à restauração de corporações de ofício, que se reservem privilégios e tenham o monopólio de determinadas atividades" (272).

GILMAR FERREIRA MENDES interpreta tal decisão do STF como paradigma a ser observado pelo legislador infraconstitucional na estipulação de restrições a direitos fundamentais, acrescentando que "deve-se acentuar que a argumentação desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal não deixa dúvida de que, na espécie, a legitimidade dessas medidas restritivas há de ser aferida no contexto de uma relação meio-fim (*Zweck-Mittel Zusammenhang*), devendo ser pronunciada a inconstitucionalidade da lei que contenha limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (não-razoáveis). Trata-se, à evidência, de aplicação da proporcionalidade ou da proibição de excesso no juízo de constitucionalidade" (273).

Outro ilustrativo precedente, produzido pela Excelso Corte anteriormente ao advento da Carta Política de 1988, vem estampado na **Representação n. 1.077** (Rel. Min. Moreira

(272) *Diário da Justiça da União*, I, de 02.09.77.

(273) **MENDES, Gilmar Ferreira**. "A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", ob. cit., p. 473.

Alves, 20.03.84), através da qual foi declarada a inconstitucionalidade de lei estadual do Rio de Janeiro, que elevava significativamente os valores da taxa judiciária naquela unidade da Federação, ao estipular uma alíquota fixa e geral de 2% (dois por cento) sobre o valor do pedido, sem, em contrapartida, estabelecer um limite máximo para o quantum devido pelo contribuinte.

O voto emitido pelo eminente Relator detectou a ausência, no caso concreto, de uma imprescindível "equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar", na medida em que inexistente a previsão de um teto máximo para a taxa cobrada: "Por isso, taxas cujo montante se apura com base em valor do proveito do contribuinte (como é o caso do valor real do pedido), sobre a qual incide alíquota invariável, tem necessariamente de ter um limite, sob pena de se tornar, com relação às causas acima de determinado valor, indiscutivelmente exorbitante em face do custo real da atuação do Estado em favor do contribuinte. Isso se agrava em se tratando de taxa judiciária, tendo em vista que boa parte das despesas do Estado já são cobertas (sic) pelas custas e emolumentos. Não estabelecendo a lei esse limite, e não podendo o Poder Judiciário estabelecê-lo, é de ser declarada a inconstitucionalidade do próprio mecanismo de aferição do valor, no caso concreto, da taxa judiciária, certo como é que conduzirá, sem dúvida alguma, a valores reais muito superiores aos custos a que servem de contraprestação. A falta desse

limite torna incompatível o próprio modo de calcular o valor concreto da taxa com a natureza remuneratória desta, transformando-a, na realidade, num verdadeiro imposto" (274).

Aqui, não é difícil perceber que a violação cometida pela lei ao Princípio da Razoabilidade consubstanciou-se na inobservância da proporcionalidade (em sentido estrito) entre os meios escolhidos pela norma legal atacada (critério de cálculo da taxa custeadora das despesas estatais com o aparelho judiciário) e os fins objetivados pela Constituição (custeio do aparelho judiciário pelos próprios usuários, proporcionalmente às reais despesas de manutenção e funcionamento, sem prejuízo do amplo acesso do cidadão à prestação jurisdicional).

Mas é, com certeza, após a edição da Constituição Republicana de 05.10.88 que os arestos da Corte Suprema, a respeito do Princípio da Proporcionalidade, começaram a proliferar, notadamente em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Citem-se, nesse passo, as decisões prolatadas nas ADIn n. 223-DF (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 05.04.90, RTJ 132/571), 855/2-PR (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 01.06.93, DJU 01.10.93), 958/3-RJ (Rel. Min. Marco Aurélio, 11.05.94, DJU 24.05.94) e 966/4-DF (Rel. Min. Marco Aurélio, 11.05.94, DJU 24.05.94).

Mais recentemente, o culto Ministro Celso de Mello, atual Presidente do órgão máximo do Judiciário, atuou como

(274) *Revista Trimestral de Jurisprudência*. São Paulo: RT, n. 112, p. 34.

relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.158-AM, registrando expressamente, na própria ementa do acórdão, o Princípio do Devido Processo Legal Substantivo como sedes materiae do critério da Razoabilidade na Lei Maior brasileira.

Versava a demanda sobre a inconstitucionalidade de lei estadual do Amazonas, que concedia gratificação de férias a servidores inativos. O Tribunal Pleno do STF assim decidiu: "EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade - Lei estadual que concede gratificação de férias (1/3 da remuneração) a servidores inativos - Vantagem pecuniária irrazoável e destituída de causa - Liminar deferida. A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do 'Substantive Due Process of Law', como insuperável limitação ao poder normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa" (275).

Do exame da brilhante ementa é lícito concluir-se que o descumprimento do preceito da proporcionalidade, na espécie, manifestou-se já na ausência do primeiro de seus elementos: a adequação dos meios utilizados pelo legislador para o

(275) Diário da Justiça da União, I, de 26.05.95, p. 15.154.

alcance dos fins constitucionais. A falta de justa causa para a concessão da gratificação de férias a quem não se encontra em atividade revela a total desconformidade da medida com a norma constitucional garantidora daquele benefício exclusivamente aos que podem gozar férias - os servidores ativos, em pleno exercício de suas funções.

Em síntese: como, por óbvios motivos, servidor inativo não tira férias, desarrazoado se lhe torna o pagamento da gratificação correspondente, cujo desiderato é aquinhoar tão-somente aqueles que fazem jus ao descanso anual remunerado.

Também no âmbito do controle de constitucionalidade pela via difusa, o Supremo Tribunal Federal se tem valido do Princípio da Proporcionalidade como critério de aferição da validade dos atos legislativos e administrativos em face da *Lex Legum*.

Pela relevância da matéria julgada e a uniformização interpretativa que decorreu da respectiva decisão, merece reprodução, aqui, a ementa lavrada pela Corte no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 153.493-SP (Rel. Min. Marco Aurélio, 2. Turma, v.u., DJU 25.02.94, p. 2.593), *verbis*: "FAZENDA PUBLICA - DÉBITO. A regra contida no par. 1º do artigo 100 da Constituição Federal há de ter alcance perquirido em face não só do Princípio da Razoabilidade e do objetivo nela previsto, como também do preceito transitório do artigo 33, com o qual almejou-se (sic) colocar ponto final no esdrúxulo quadro decorrente da jurisprudência pretérita à Carta de 1988, no sentido de que os valores devidos pela Fazenda

seriam pagos até o fim do exercício seguinte, considerados os precatórios apresentados até 1º de julho, oportunidade em que feita a correção respectiva. A ordem jurídica constitucional não contempla resultado que desagüe no PRIVILÉGIO de a Fazenda satisfazer os respectivos débitos em periódicas e irrisórias prestações sucessivas e, o que é pior, com interregno que suplanta a unidade de tempo 'ano'. A referência à atualização, inserta no par. 1º do artigo 100, outro sentido não tem senão o de proporcionar ao Estado uma visão prognóstica do débito a ser satisfeito até o fim do exercício seguinte, pelo valor real e, portanto, a liquidação definitiva. Versando a controvérsia sobre a insuficiência do depósito realizado, não há como cogitar-se da expedição de novo precatório" (276).

Decidiu o STF, portanto, que a Fazenda Pública, no tocante à satisfação de seus débitos judiciais (precatórios), deverá, a teor do artigo 100, par. 1º, da Constituição da República, inclui-los e atualizá-los monetariamente até o dia 1º de Julho de determinado ano, obrigando-se, todavia, na data do efetivo pagamento (até o final do exercício seguinte), a fazê-lo pelo valor integral (inclusive quanto à correção monetária). Somente os precatórios expedidos anteriormente a 05.10.88 é que poderão ser quitados em até oito parcelas anuais, nos termos do artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

(276) Ementário do STF, n. 1.788, p. 51.

Interpretação diversa dessa - como a que defende a prerrogativa da Fazenda Pública de saldar seus débitos judiciais pelo valor atualizado somente até 1º de Julho, transportando o remanescente para pagamento no exercício seguinte - consagraria intolerável privilégio malferidor do Princípio da Proporcionalidade, mormente quanto à proporcionalidade em sentido estrito, o que o nosso atual sistema constitucional não admite.

Outro julgamento do STF de grande repercussão social, dada a freqüência com que a situação se vinha repetindo na Administração Pública, em todo o território nacional, foi o ocorrido no Recurso Extraordinário n. 192.568-PI (Rel. Min. Marco Aurélio, 2. Turma, m.v., DJU 13.09.96, p. 33.241), o qual definiu a obrigatoriedade do preenchimento das vagas abertas em determinado concurso público antes da abertura de novo edital para a mesma finalidade. Leia-se a ementa: "CONCURSO PÚBLICO - EDITAL - PARÂMETROS - OBSERVAÇÃO. As cláusulas constantes do edital de concurso obrigam candidatos e Administração Pública. Na feliz dicção de Hely Lopes Meirelles, o edital é lei interna da concorrência. CONCURSO PÚBLICO - VAGAS - NOMEAÇÃO. O Princípio da Razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. Como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o

objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subseqüentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias' (Celso Antônio Bandeira de Mello, Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, página 56)" (277).

Na hipótese em tela, a Corte Suprema considerou violado o Princípio da Razoabilidade em razão da desnecessidade de convocação de novo concurso, com vistas ao preenchimento das mesmas vagas objeto do certame anterior, quando a solução natural (menos onerosa para os cofres públicos e garantidora do direito de preferência dos já aprovados) seria a prorrogação do prazo de validade deste.

O fim almejado pela Administração, ao abrir concurso, é o preenchimento das vagas consoante a ordem de colocação dos candidatos. Se, todavia, durante o prazo de validade do certame, nem todas as vagas são preenchidas, embora haja suficiente número de candidatos aprovados para tanto, nenhuma justificativa "socialmente plausível" (razoável) existe que impeça a prorrogação daquele prazo - medida muito mais adequada à consecução do desiderato acima referido do que a realização de novo concurso.

(277) Ementário do STF, n. 1.841, p. 662.

O ato da Administração Pública do Piauí, por conseguinte, ao deixar escoar propositadamente o prazo de validade do concurso sem o preenchimento total das vagas inicialmente abertas, para justificar a convocação de novo edital, configurou, para o Pretório Excelso, desvio de poder e infração ao Princípio Constitucional da Proporcionalidade.

Por fim, traz-se à colação aresto produzido pelo STF em que o critério da razoabilidade foi utilizado no âmbito do processo penal. Trata-se do julgamento do Habeas Corpus n. 72.580-SP (Rel. Min. Néri da Silveira, 2. Turma, v.u., DJU 14.03.97, p. 6.902), assim ementado: "1. HABEAS CORPUS. 2. Rol de testemunhas não superior a oito indicações. 3. Arroladas dezessete testemunhas pela defesa, determinou o juiz a redução ao número legal, o que não foi atendido, havendo, a seguir, o magistrado determinado se inquirissem as oito primeiras testemunhas do rol apresentado. 4. Legitimidade do cancelamento judicial das testemunhas excedentes ao número legal, desde que, no prazo assinado, tanto não fez a própria defesa. 5. Razoabilidade do critério adotado pelo juiz no caso concreto. Código de Processo Penal, art. 398 e parágrafo único. 6. Constrangimento ilegal que não se verifica. 7. Habeas Corpus indeferido" (278).

Aqui, o ato increpado de inconstitucional pelo impetrante fora a decisão judicial que, após conceder prazo para a defesa reduzir o rol de testemunhas ao número legal de

(278) Ementário do STF, n. 1.861, p. 89.

oito, ordenara, ante o silêncio da parte, fossem ouvidos apenas os oito primeiros depoentes elencados. O acusado argüiu, através do writ, cerceamento de defesa, mas dessa forma não entendeu o Supremo, que considerou adequado, necessário e razoável o critério adotado pela autoridade judicial impetrada, não apenas em face do Princípio da Busca da Verdade Real, como também do Princípio da Proporcionalidade.

De notar-se, portanto, pelo quadro apresentado, que a nossa Corte Constitucional vem incrementando, cada vez mais, a utilização do Princípio da Proporcionalidade como parâmetro importante no controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos ou judiciais. Mesmo assim, a casuística do principal Tribunal brasileiro não é ainda comparável, nessa matéria, à de outros países, como, por exemplo, a da Suprema Corte americana, onde os precedentes apresentam-se em número bem mais elevado e há muito mais tempo.

Entretanto, o que impende registrar, a partir do escólio de *LUIS ROBERTO BARROSO*, é que, se é verdade que, nos Estados de Constituição sintética (EUA), o Princípio da Razoabilidade encontra um campo de aplicação bem mais vasto, servindo como mecanismo flexível para concretizar a Constituição material vigente, menos verdadeiro não é que, nos países em que a Lei Maior é do tipo analítica (Brasil), "sua aplicação se reduz, sem, contudo, perder em relevância. Mesmo em um país como o Brasil, em que a Constituição é prolixa e casuística, há um amplo espaço de utilização do princípio da razoabilidade como

instrumento de contenção do ímpeto arbitrário que, não freqüentemente, estigmatiza a prática política brasileira" (279).

3.6. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE TAMBÉM É PRINCÍPIO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A pesquisa até agora apresentada revela, na Doutrina e na Jurisprudência brasileiras, um certo consenso em relação à admissibilidade do Princípio da Proporcionalidade como princípio constitucional vigente em nosso ordenamento jurídico, encontrando sua *sedes materiae*, como visto, preponderantemente no artigo 5º, inciso LIV, da Carta Política de 1988. Princípios constitucionais que, na precisa lição de **CARMEM LUCIA ANTUNES ROCHA**, "são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que firmam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas-mestras da grande construção do Direito,

(279) BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 218.

cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional (...) "
(280).

Todavia, a par dessa função fundamentadora da ordem jurídico-constitucional - que se manifesta, com mais clareza, na compreensão atual do *Substantive Due Process Of Law* - o Princípio da Proporcionalidade exerce também uma função interpretativa, na medida em que contribui para a orientação do hermeneuta na procura da solução jurídica concreta dos casos que lhe são submetidos. RUY SAMUEL ESPINDOLA, respaldado em Trabucchi e F. de Castro, ressalta que os princípios de interpretação "são verdadeiros vetores de sentido jurídicos às demais normas, em face dos fatos e atos que exijam compreensão normativa. Assim, cumprem função orientadora do trabalho interpretativo, através dos núcleos de sentido dedutíveis dos princípios jurídicos" (281).

Visto dessa forma, o preceito da razoabilidade torna-se importante e utilíssimo instrumento de interpretação "toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado" (282).

(280) ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 25.

(281) ESPINDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais: Sua Revisão no Discurso de Juristas Brasileiros, a partir da Contribuição de J. J. Gomes Canotilho*. Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Nov/96, p. 43.

(282) BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, ob. cit., p. 387.

A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, colacionada no item anterior deste capítulo, mostra como pode a razoabilidade servir de parâmetro para a interpretação da norma ou do ato administrativo ou, ainda, do ato judicial, de modo a conformá-los com a Constituição. No *Habeas Corpus* n. 72.580-SP, por exemplo, o Princípio da Proporcionalidade foi usado como critério de ponderação entre dois interesses aparentemente conflitantes: o direito de defesa do réu (que argüia cerceamento, por ter o juiz decidido ouvir apenas as suas oito primeiras testemunhas arroladas) e o poder-dever do Estado (de impulsionar o processo penal até a solução final do conflito, superando eventuais manobras protelatórias das partes, sem prejuízo do princípio da Busca da Verdade Material).

Na realidade, como muito bem constata **PAULO BONAVIDES**, "partindo-se do princípio da unidade da Constituição, mediante o qual se estabelece que nenhuma norma constitucional seja interpretada em contradição com outra norma de Constituição, e atentando-se, ao mesmo passo, para o rigor da regra de que não há formalmente graus distintos de hierarquia entre normas de direito fundamentais - todas se colocam no mesmo plano - chega-se de necessidade ao <princípio da concordância prática>, cunhado por Konrad Hesse, como uma projeção do princípio da proporcionalidade, cuja virtude interpretativa já foi jurisprudencialmente comprovada em colisões de direitos fundamentais, consoante tem ocorrido no caso de limitações ao direito de opinião" (283).

(283) *ibidem*, p. 387.

O Princípio da Concordância Prática, na síntese de *INOCÊNCIO MARTIRES COELHO*, é aquele que impõe devam os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, "ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto" (284).

Evidenciando o vínculo existente entre os dois princípios - Proporcionalidade e Concordância Prática -, *JUAREZ FREITAS* assevera: "Além do referido princípio da unidade, encontram-se outros princípios ou subprincípios inegavelmente associados ao que denominamos de princípio maior da hierarquização axiológica, entre os quais o princípio da concordância prática, que também se deve considerar, neste passo, como ínsito ao sistema jurídico e, por conseguinte, com força vinculativa. Explica-o bem Hesse, dizendo que os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal sorte que, na solução do problema (da antinomia, por exemplo), todos conservem sua entidade. Acrescenta que onde se produzirem as antinomias, devem estas ser superadas mediante uma ponderação de bens ou de valores, realizada a exegese de acordo com o princípio da proporcionalidade, o qual significa uma coordenação proporcional de bens, que faz as vezes de um critério orientador contido no próprio sistema, similarmente ao que sucede com a concepção de justiça, como já se mostrou no Capítulo precedente. Com efeito, para Hesse, proporcionalidade

(284) *COELHO*, Inocêncio Mártires. Ob. cit., p. 91.

significa relação entre magnitudes variáveis - concretamente aquela que melhor responder à tarefa de otimização, não pois uma relação entre um objetivo constante e um ou mais meios variáveis. Na condição de critério orientador previsto na Lei Maior, indica o rumo e determina o procedimento através do qual se deve buscar uma solução dita constitucional" (285).

Portanto, é no conflito de direitos, concretamente revelado e sem que se possam hierarquizá-los, que o Princípio da Proporcionalidade se mostrará de extrema praticidade, permitindo ao intérprete (juiz, advogado, promotor ou, mesmo, ao simples cidadão) definir qual dos interesses contrapostos deverá preponderar naquela situação específica, na medida em que melhor atenda aos requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Não é por outro motivo que importante parcela da Doutrina vislumbra nítida relação entre esse princípio e o método tópico-problemático, pois a proporcionalidade "volta-se para a justiça do caso concreto, buscando a solução mais adequada para o problema prático" (286). *BONAVIDES* acrescenta que "o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras (*Abwägung*), a fim de averiguar se na

(285) FREITAS, Juarez. Ob. cit., p. 106.

(286) CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. Ob. cit., p. 74.

relação entre meios e fins não houve excesso (*übermassverbot*), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção" (287).

Contudo, nem só elogios são reservados à utilidade prática do Princípio da Proporcionalidade. Ao contrário, não são poucos os doutrinadores, nacionais e alienígenas, que, ainda hoje, enfatizam os riscos consideráveis de uma eventual transformação do critério da razoabilidade em panacéia para o controle de constitucionalidade das leis ou dos atos administrativos e judiciais, bem como para os conflitos entre direitos fundamentais.

Atribuir ao juiz o poder de dizer, na hipótese de confronto entre duas normas de igual hierarquia, qual a prevalecente no caso concreto, baseado apenas na razoabilidade, poderia, de fato, promover um desequilíbrio entre as três funções primordiais do Estado, repercutindo na violação do próprio Estado Democrático de Direito.

O primeiro jurista de prestígio a se levantar contra a adoção da proporcionalidade como princípio constitucional foi o alemão *Forsthoff*, para quem tal postura significava "um considerável estreitamento da liberdade do legislador para formular leis e exercer assim um poder que lhe é peculiar na organização do Estado" (288). Essa crítica,

(287) BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, ob. cit., p. 387.

(289) *ibidem*, p. 389.

porém, não se sustentou nem mesmo perante os próprios adversários do princípio, que preferiram voltar suas baterias para outros aspectos polêmicos do uso da razoabilidade como instrumento de solução de conflitos entre direitos fundamentais.

Eberhard Schmidt, respeitado ex-Reitor e Professor de Direito Processual Penal da Universidade de Heidelberg, citado por *BONAVIDES*, opõe-se à expansão do princípio nesses termos: "O emprego do princípio da proporcionalidade, derivado do sistema de direitos fundamentais, representa quase sempre uma decisão, em última análise, difícil de fundamentar, que corresponde unicamente ao desejo e à vontade de quem toma a decisão, e por isso não pode pleitear reconhecimento geral" (289).

Para esse renomado mestre germânico, em outras palavras, supedanear a decisão no princípio da proporcionalidade representaria o mesmo que solucionar o conflito de acordo exclusivamente com a vontade de quem decide, pois a noção de razoabilidade seria muito difícil de definir cientificamente.

No mesmo timbre, *Gentz* assinala que "o freqüente uso do princípio tende todavia a transformá-lo num chavão rígido ou num mero apelo geral à justiça, tão indeterminado que de nada serve para a decisão de um problema jurídico, abrindo assim a porta, acrescenta, a um sentimento incontrolável e

(289) *ibidem*, p. 390.

descontrolado de justiça que substitui as valorações objetivas da Constituição e da lei por aquelas subjetivas do juiz'" (290).

Críticas como essas, entretanto, parecem não se dar conta de que a indeterminação de conteúdo, tão combatida, é exatamente um dos traços caracterizadores da norma constitucional, a qual, para sua concretização, depende sempre da atuação criadora (e criativa) do intérprete, de atribuir sentido a ela em cada caso específico.

MAURO CAPPELLETTI sublinha tal aspecto, ao discorrer sobre a indeterminabilidade do conteúdo da norma constitucional e a conseqüente indispensabilidade daquilo que ele denomina "justiça constitucional": "A norma constitucional, sendo também norma positiva, traz, em si, uma reaproximação do direito à justiça. Porque norma naturalmente mais genérica, vaga, elástica, ela contém aqueles conceitos de valor que pedem uma atuação criativa, antes, acentuadamente criativa, e, porque tal, susceptível de adequar-se às mutações, inevitáveis, do próprio 'valor'. Na verdade, na concepção moderna, a norma constitucional outra coisa não é senão a tentativa - talvez impossível, talvez 'faustiana', mas profundamente humana - de transformar em direito escrito os supremos valores, a tentativa de recolher, de 'definir', em suma, em uma norma positiva, o que, por sua natureza, não se

(290) *ibidem*, p. 394.

pode recolher, não se pode definir - o Absoluto. A justiça constitucional é a garantia desta 'definição'; mas é também, ao mesmo tempo, o instrumento para torná-la aceitável, adaptando-a às concretas exigências de um destino de *perene mutabilidade*" (291).

E completa: "Para os fins desta 'relativização', desta 'positivação' do Absoluto, o engenho criativo do homem descobriu, precisamente na justiça constitucional, o instrumento mais refinado, mais aperfeiçoado, embora sujeito, como todos os instrumentos humanos, a erros, variações, defeitos. Refletindo as características da norma constitucional, para cuja atuação concreta ela deve velar, a justiça constitucional, através de uma interpretação *acentuadamente discricionária* (mas nem por isto arbitrária), se faz *jurisdição de equidade constitucional*, confiada a um 'órgão soberano', composto de juízes independentes e imparciais, voltados para a *humanização daquele Absoluto*, para a *concretização daqueles supremos valores* que, encerrados e cristalizados nas fórmulas das Constituições, seriam fria e estática irreabilidade. A justiça constitucional expressa, em síntese, a própria vida, a realidade dinâmica, o vir a ser das 'Leis Fundamentais'" (292).

(291) CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. brasileira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 130.

(292) *ibidem*, p. 130-131.

Destarte, não deve ser objeto de preocupação dos juristas ou dos jurisdicionados a aparência de indeterminação contida no Princípio da Proporcionalidade e o excessivo poder que, por esse motivo, estar-se-ia conferindo ao Judiciário, na solução de conflitos tão graves como os que envolvem direitos fundamentais, em suposto detrimento da função do legislador.

Conciliando o Princípio da Proporcionalidade com outro crucial princípio de interpretação constitucional - qual seja, o da Interpretação conforme a Constituição, já examinado no segundo capítulo deste trabalho -, os riscos de uma exacerbação dos poderes do juiz diminuem consideravelmente.

Quer isso dizer que, de um lado, "em face de normas infra-constitucionais polissêmicas ou plurissignificativas, deve-se dar prevalência à interpretação que lhes confira sentido compatível e não conflitante com a Constituição, não sendo permitido ao intérprete, no entanto - a pretexto de conseguir essa conformidade - contrariar o sentido literal da lei e o objetivo que o legislador, inequivocamente, pretendeu alcançar com a regulamentação" (293). E, de outro, quando o juiz estiver diante de um conflito aparente de normas para a solução do caso concreto, deverá ele optar por aquela que melhor se coadune com a letra e o espírito da Constituição, investigando, outrossim, se restaram atendidos pelo legislador os elementos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

(293) COELHO, Inocêncio Mártires. Ob. cit., p. 92.

Por conseguinte, podemos concordar com **PAULO BONAVIDES** quando conclui que "o princípio da proporcionalidade, abraçado assim ao princípio da interpretação conforme a Constituição, (...), ao invés de deprimir a missão do legislador ou a sua obra normativa, busca jurisprudencialmente fortalecê-la, porquanto na apreciação de uma inconstitucionalidade o aplicador da lei, adotando aquela posição hermenêutica, tudo faz para preservar a validade do conteúdo volitivo posto na regra normativa pelo seu respectivo autor. O legislador sai, por conseguinte, fortalecido; e esse fortalecimento parte de uma doutrina de juízes concebida no uso jurisprudencial do controle de constitucionalidade. Dela resulta claramente que o princípio da proporcionalidade associado ao critério interpretativo de atos normativos 'conforme a Constituição' deixa de ser aquele fantasma subjacente aos temores de Charles Debbasch, volvidos para o perigo de que o sobredito princípio viesse abalar 'o equilíbrio constitucional dos poderes' e resvalar para 'o governo dos juízes'" (294).

Em síntese, o Princípio da Proporcionalidade (Razoabilidade) é também um princípio de interpretação constitucional, intimamente relacionado com o Princípio da Concordância Prática (Hesse) e oriundo, tal qual este último, do Princípio da Unidade da Constituição. A sua utilização como

(294) **BONAVIDES, Paulo**. *Curso de Direito Constitucional*, ob. cit., p. 388-9.

critério de interpretação da Lei Maior não pode, porém, prescindir da conjugação com o Princípio da Interpretação conforme a Constituição, a fim de que ao hermeneuta - e especialmente ao juiz, dotado de sua prerrogativa constitucional de decidir conflitos com força de lei entre as partes - não se confira, em vez do poder, o arbítrio de pretender interpretar a norma ao seu talante, sem observar os limites que o próprio texto estabelece.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, podem-se pinçar, a título de considerações finais, as seguintes idéias principais do presente trabalho:

1. A norma jurídica, conquanto conceito essencialmente controvertido entre os estudiosos do Direito, pode ser entendida a partir dos traços que a marcam e diferenciam das demais normas (morais, éticas). Se, de um lado, mantém ela uma íntima relação com a noção de Poder, pois implica sempre um ato de decisão - de opção e de ação conseqüente -, por outro caracteriza-se, também, por ser, ela própria, um "imperativo autorizante" (Goffredo Telles Jr.), que rege a conduta humana, através de comandos, permissões e atribuições, e autoriza o lesado a fazer uso da faculdade de reação contra aquele que descumprir o seu conteúdo (da norma).

2. O gênero "norma jurídica" se subdivide em duas espécies: os **princípios**, que são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, a necessitar de concretização, e que têm uma função normogenética fundamentante, isto é, "estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas" (CANOTILHO); e as **regras**, que, ao inverso, possuem um grau de abstração relativamente reduzido - valem ou não valem, num conceito de "tudo ou nada" (DWORKIN) - e, numa hipótese de conflito entre duas

regras, a situação somente se resolve ou com a anulação de uma delas ou com o surgimento de uma terceira, contendo uma cláusula de exceção (ALEXY).

[3. A interpretação da norma jurídica - e também da norma constitucional - é sempre um ato de criação de Direito, na medida em que o agente, para obter a solução concreta do problema, atribui ou adscrive (CANOTILHO) um sentido à norma interpretada. E além de ato de criação, é um ato de decisão, posto que ao intérprete é conferido o poder de escolher, dentre vários sentidos possíveis para o caso, aquele que melhor contribuirá para a resolução do conflito, observados determinados critérios de orientação.]

4. [Como todo ato de criação, a interpretação do Direito consiste numa atividade não apenas científica, mas também artística, pois exige do agente o domínio do instrumental técnico-jurídico (conhecimento dos métodos e princípios de hermenêutica) e a sensibilidade própria de um artista que, diante de um conjunto de palavras enfeixadas em um texto, consegue dar a ele um sentido sempre novo, capaz de resolver o problema concretamente apresentado.]

5. [Todavia, esta criação do Direito através da interpretação deve encontrar seu limite no próprio texto da norma interpretanda, de sorte que ao intérprete não é lícito, como pretende a Teoria Crítica do Direito, atribuir-lhe o

sentido que melhor lhe convier ou que se compatibilize apenas com a sua própria formação cultural e ideológica.]

6. [São as seguintes as espécies de interpretação jurídica, classicamente definidas:

- A) Quanto ao agente: pública ou privada;
- B) Quanto à extensão: declarativa, restritiva e extensiva;
- C) Quanto à compreensão (natureza): literal, lógica, sistemática e histórica.]

7. Diversas são as Escolas de Hermenêutica Jurídica que se formaram desde o Código Napoleônico, no limiar do século XIX. A presente dissertação selecionou algumas das principais, a saber:

- A) A Escola da Exegese, de LAURENT e DEMOLOMBE, e seu Método Gramatical;
- B) A Jurisprudência Conceitual, de SAVIGNY, e seu Método Histórico-Evolutivo;
- C) A Jurisprudência Analítica, de JOHN AUSTIN, e seu Método Lógico-Formal;
- D) A Jurisprudência de Interesses, de IHERING, e seu Método Teleológico;
- E) A Escola da Livre Pesquisa Científica, de GÉNY, e seu Método Empírico-Jurídico;

F) A Escola do Direito Livre, de EHRLICH e KANTOROWICZ, e seu Método Indutivo;

G) A Jurisprudência Sociológica Norte-Americana, de OLIVER HOLMES, ROSCOE POUND e BENJAMIN CARDOZO, e seu Método Lógico-Experimental;

H) O Realismo Jurídico Norte-Americano, de JOHN GRAY, KARL LLEWELLYN e JEROME FRANK, e seu "método" de análise psicológica do juiz;

I) O Realismo Jurídico Escandinavo (Escola de Upsala), de ALF ROSS, KARL OLIVECRONA e LUNDSTEDT, e seu "método" de análise lingüística;

J) A Escola Ecológica, de CARLOS COSSIO, e seu Método Empírico-Dialético;

K) A Teoria Crítica do Direito e a sua preocupação em tornar o jurista o agente da transformação social, mediante o uso do Direito como expressão da Justiça, que deve ser realizada na sociedade.

8. A Constituição pode ser definida em três sentidos: a real, que prioriza o conjunto das forças políticas, econômicas e ideológicas, que dá configuração à realidade social de um determinado Estado; a **substancial** (ou material), que consiste no conjunto de normas estruturais de uma dada sociedade política, onde o que importa é o conteúdo ou o objeto das suas normas, escritas ou não, capazes de traçar as linhas mestras de um determinado ordenamento jurídico; e a **formal**, que é um complexo de normas legislativas distintas das

ordinárias pelo seu mais árduo e solene processo de formação.

9. "Assim como jamais se aplica uma norma jurídica, mas sim o Direito, não se interpretam normas constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo" (GRAU). Interpretar a Constituição é atribuir-lhe um sentido (significado) mediante a utilização de métodos e princípios próprios, desenvolvidos e cientificamente sistematizados pela Hermenêutica Constitucional. ma

10. Através do Método Científico-Espiritual, a interpretação objetiva não tanto dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas fundamentalmente compreender o sentido e realidade de uma lei constitucional, o que resulta da articulação dessa lei com a integração espiritual real da comunidade (com seus valores, com a realidade existencial do Estado etc.).

11. O Método Hermenêutico-Concretizador, desenvolvido por HESSE, considera a interpretação constitucional uma concretização, admitindo que o intérprete, onde houver obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição, de modo que o teor da norma só se completa no ato interpretativo. E essa concretização pressupõe uma "compreensão prévia" do intérprete em relação ao problema para o qual busca a solução. Contudo, diferentemente do Método Tópico, o Método Hermenêutico-Concretizador não admite o

primado do problema sobre o texto constitucional, na medida em que este é sempre o limite de toda e qualquer interpretação da Constituição.

12. Já o Método Tópico-Problemático relega a norma e o sistema a meros *topoi*, os quais poderão ser utilizados, em conjunto com todos os demais meios interpretativos, sempre que convenientes para a solução do problema. "A abertura metodológica é completa e a argumentação persuasiva terá por ponto de apoio essencial o consenso, e por ponto de partida uma espécie de 'compreensão prévia' (...), tanto do problema como da Constituição" (BONAVIDES). No entanto, carece a Tópica daquilo que CANOTILHO alcunhou de "medidas de relevância" (ou medidas de valoração) dos pontos de vista (*topoi*), sob pena de a interpretação recair em um casuísmo sem limites. Para tal função indispensável se prestam os princípios de interpretação constitucional.

13. A Metodica Jurídica Normativo-Estruturante, elaborada por CANOTILHO, repisa a idéia de que a teoria da interpretação é hoje um conjunto de métodos, razão por que o catálogo dos princípios tópicos da interpretação constitucional foi desenvolvido a partir de uma postura metódica hermenêutico-concretizante. "Este catálogo, diversamente formulado, tornou-se um ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional. A elaboração (indutiva) de um catálogo de tópicos relevantes para a interpretação constitucional

está relacionada com a necessidade sentida pela doutrina e praxis jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa: (1) relevantes para a decisão (=resolução) do problema prático (princípio da relevância); (2) metodicamente operativos no campo do direito constitucional, articulando direito constitucional formal e material, princípios jurídico-funcionais (ex.: princípio da interpretação conforme a constituição) e princípios jurídico-materiais (ex.: princípio da unidade da constituição, princípio da efectividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, susceptíveis de ser esgrimidos na discussão de problemas constitucionais dentro da 'base de compromisso' cristalizada nas normas constitucionais".

14. Os princípios de interpretação constitucional têm a função de traduzir os valores jurídico-culturais de uma sociedade que deverão ser levados em conta pelo intérprete na tarefa de concretizar a norma fundamental, atribuindo-lhe sentido adequado à solução concreta do conflito existente. Eles, na verdade, consubstanciam-se nas premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema e indicando o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos pelo intérprete.

15. O Princípio da Unidade da Constituição impõe que as normas constitucionais sejam consideradas sempre como

preceitos integrados a um sistema unitário de regras e princípios, não podendo ser interpretadas isoladamente. Desse modo, procura-se evitar a ocorrência de antinomias entre as normas fundamentais e, sobretudo, entre os princípios jurídico-políticos constitucionalmente estruturantes.

16. O Princípio do Efeito Integrador preconiza que, na solução de problemas de natureza constitucional, deve-se dar primazia aos pontos de vista (*topoi*) que favoreçam a integração política e social, bem como o reforço da unidade política, que é uma das tarefas essenciais da própria Lei Maior.

17. O Princípio da Máxima Efetividade significa que à norma constitucional deve o intérprete sempre procurar atribuir o sentido que maior eficácia lhe dê, de sorte a maximizar a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

18. O Princípio da Conformidade Funcional é aquele que veda qualquer interpretação constitucional que resulte na subversão ou perturbação da estrutura organizatório-funcional estabelecida na Constituição - como, por exemplo, do Princípio Federativo ou da Separação dos Poderes do Estado.

19. O Princípio da Concordância Prática guarda estreita relação com o Princípio da Proporcionalidade, na medida em que obriga a coordenação e combinação dos bens jurídico-

constitucionais em conflito, de modo a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros. Por exemplo, há que se harmonizarem, na aplicação do disposto no artigo 182, par. 4º, II, da Carta Política brasileira (IPTU progressivo no tempo como penalidade para o proprietário de prédio urbano mantido em desconformidade com o Plano Diretor), os princípios constitucionais consagradores da propriedade privada e da função social dessa mesma propriedade.

20. O Princípio da Força Normativa da Constituição assevera que, na interpretação constitucional, devem ser priorizadas as soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitem a sua atualização normativa, garantindo-lhe eficácia e permanência.

21. Finalmente, o Princípio da Interpretação Conforme a Constituição pode ser assim sintetizado, com INOCÊNCIO MARTIRES COELHO: "Em face de normas infra-constitucionais polissêmicas ou plurissignificativas, deve-se dar prevalência à interpretação que lhes confira sentido compatível e não conflitante com a Constituição, não sendo permitido ao intérprete, no entanto - a pretexto de conseguir essa conformidade - contrariar o sentido literal da lei e o objetivo que o legislador, inequivocamente, pretendeu alcançar com a regulamentação".

22. Os limites últimos de toda interpretação da

norma constitucional são o seu próprio texto (proposição constitucional) e aquilo que HESSE denominou de "vontade de Constituição", isto é, a força que constitui a essência e a eficácia da Constituição e que reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-a, assim, em força ativa. A Constituição se transforma em força ativa quando as tarefas por ela impostas forem efetivamente realizadas pelos destinatários das normas, que adequarão suas próprias condutas a essa ordem constitucional estabelecida.

23. Ultrapassados tais limites pelo intérprete constitucional, terá ele provocado uma condenável alteração de sentido na norma, o que lhe é sempre vedado. Nesse caso, o único remédio cabível será a revisão constitucional. Por meio da interpretação são admissíveis apenas mutações ou transições de sentido, de modo a adequar a norma à realidade social por ela regulada ou, como diz CANOTILHO, adequar o programa normativo à esfera normativa, sem contrariar os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da Constituição.

24. Segundo PETER HÄBERLE, a Constituição, por ser aberta, deve ter ampliado o seu rol de intérpretes, abarcando não apenas os profissionais do Direito (juiz, advogado, Ministério Público), mas também o cidadão do povo, o que servirá para aproximar este daqueles e contribuirá para a própria pré-compreensão do problema concreto pelo magistrado, legitimando democraticamente o processo de decisão.

25. O Princípio da Proporcionalidade, na feliz síntese de LUIS ROBERTO BARROSO, é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público, para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a Justiça.

26. É um princípio jurisprudencialmente desenvolvido pela Suprema Corte Norte-Americana, mormente após a edição da XIV Emenda Constitucional, tendo por *sedes materiae* o Princípio do Devido Legal Substantivo. Tal garantia consiste em uma exigência constitucional de que as leis devem conter uma equivalência entre o fato antecedente da norma jurídica criada e o fato conseqüente da prestação ou sanção, tendo em conta as circunstâncias sociais que motivaram o ato, os fins perseguidos por ele e o meio estabelecido.

27. Três são os sub-princípios ou elementos de que se compõe o Princípio da Proporcionalidade:

a) Adequação: a medida que pretende realizar o interesse público deve estar em consonância com os fins subjacentes a que visa concretizar. Trata-se de uma adequação entre os meios utilizados pelo legislador e os fins perseguidos pela Constituição;

b) Necessidade: a medida utilizada pelo legislador deve ser absolutamente indispensável para o alcance do fim pretendido pela Constituição, não existindo, naquele

momento, nenhum outro meio menos oneroso ao titular do direito fundamental que também logre atingir aquele desiderato constitucional;

c) Proporcionalidade em Sentido Estrito: a medida tomada deverá ser verificada a partir de uma relação custo-benefício, ou seja, de uma ponderação entre os danos por ela causados e os resultados a serem obtidos, aferindo-se as vantagens e desvantagens decorrentes da aplicação da medida.

28. No Direito Constitucional brasileiro, o Princípio da Proporcionalidade está consagrado no artigo 5º, LIV, da Lei Maior, onde encontra a sua base jurídica. Especialmente a partir do advento da Carta Política de 05.10.88, o Supremo Tribunal Federal passou a incrementar o uso do princípio como parâmetro para o controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos e judiciais, além de considerá-lo, também, como princípio de interpretação constitucional.

29. O Princípio da Proporcionalidade exerce o papel de princípio de interpretação constitucional ao cumprir uma função orientadora do trabalho do hermenêuta na busca de solução para os conflitos entre direitos fundamentais, quando não se podem hierarquizá-los. Valendo-se das idéias consolidadas nesse princípio, o intérprete poderá definir qual dos direitos contrapostos deverá preponderar no caso específico, na medida em que melhor atenda aos requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

30. O risco de transformar o Judiciário em poder am
prevalente do Estado, em detrimento do Executivo e do Legislativo - se ao juiz fosse dado o direito de decidir o caso apoiado apenas na sua concepção subjetiva do que seja razoável e justo - desaparece mediante a utilização conjunta dos Princípios da Razoabilidade e da Interpretação Conforme a Constituição. Desse modo, segundo BONAVIDES, o juiz deverá tudo fazer, na apreciação de uma inconstitucionalidade, para preservar a validade do conteúdo volitivo posto na regra normativa pelo seu respectivo autor, considerando irrazoável ou desproporcional apenas aquilo que, de nenhuma forma, puder ser compatibilizado com o sistema constitucional. Com isso, em vez de tornar-se uma ameaça, o Princípio da Proporcionalidade consistirá, ao mesmo tempo, em um instrumento fortalecedor do papel do legislador e de imensa utilidade para o deslinde judicial de questões constitucionais tão delicadas, como as que envolvem o conflito de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Juan Antonio Garcia. *Teorias de la Topica Juridica*. Madrid: Civitas, 1988, 388 p.

ANDRADE, Cristiano J. *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: RT, 1992, 168 p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: RT, 1992, 370 p.

BARRETO, Vicente. "Interpretação Constitucional e Estado Democrático de Direito". *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, n. 203, Janeiro-Março de 1996, p. 11-23.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, 223 p.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, 300 p.

BASTOS, Aurélio Wander. *Introdução à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992, 275 p.

BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra da Silva, *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, V. 1, 466 p.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Direito Constitucional*. Trad. de Maria Helena Diniz. 1. ed. brasileira. São Paulo: RT, 1984, 579 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, 553 p.

--- "O Método Concretista da Constituição Aberta". *Jornal O Estado de São Paulo*. Suplemento Cultural nº 206.

--- "O Método Tópico de Interpretação Constitucional" *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 98, p. 5-11.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, 128 p.

CAMPOS, Germán J. Bidart. *La Interpretación del Sistema de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ediar, 1994, 270 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 1977, 447 p.

--- *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, 1.214 p.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, 142 p.

CAPITULA, Sueli Solange. "Interesse Público - Princípio Constitucional Implícito". *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, n. 17, Outubro-Dezembro de 1996, p. 170-87.

CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia Jurídica*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, 180 p.

- CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Hermenêutica Constitucional*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997, 87 p.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, 104 p.
- COELHO, Luiz Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. 2. ed. Rio: Forense, 1981, 359 p.
- COMPARATO, Fábio K. "Eficácia Constitucional". *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 98, Abril-Junho de 1991, p. 46-9.
- DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio: Lumen Juris, 1995, 119 p.
- DELGADO, José Augusto. "A Tutela do Processo na Constituição de 1988 - Princípios Essenciais". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 55, Julho-Setembro de 1989.
- DINIZ, Maria Helena. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, V. 1, 284 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 2. ed.
São Paulo: Atlas, 1991, 477 p.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais: Sua Revisão no Discurso de Juristas Brasileiros, a partir da Contribuição de J. J. Gomes Canotilho*. Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Novembro/96, 215 p.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. Trad. de Manuel Domingues de Andrade. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1978, 196 p.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990, 138 p.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Elementos de Hermenêutica e Aplicação do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1984, 90 p.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, 196 p.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: RT, 1990, 336 p.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1989, 111 p.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, 55 p.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, 336 p.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, 34 p.

--- *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. de Pedro C. Villalón. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1983, 112 p.

HOLMES, Oliver W. *The Common Law*. Trad. Fernando N. Barrancos y Vedia. Buenos Aires: Editora Argentina, 1964, 370 p.

IHERING, Rudolf von. *A Evolução do Direito*. 2. ed. Salvador: Liv. Progresso, 1956.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 3. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1991, 371 p.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990, 325 p.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Trad. de Walter Stönnner, Rio: Liber Juris, 1985, 49 p.

LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las Leyes*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, 241 p.

LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. 2. ed. Buenos Aires: Plus Ultra, 1980, 561 p.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. espanhola. Barcelona: Ariel, 1976, 619 p.

MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, 281 p.

--- *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975, 217 p.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 11. ed. Rio: Forense, 1991, 426 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. "A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: IOB - Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda., n. 23, 1ª Quinzena de Dezembro de 1994, verbete nº 1/8175, p. 475-469.

--- *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, 370 p.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1988, V. 1, 401 p.

--- *Manual de Direito Constitucional*, 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1988, V. 2, 418 p.

NORONHA, Fernando. *Direitos e Sistemas Sociais - A Jurisprudência e a Criação de Direito para além da Lei*. Florianópolis: Editora da Universidade Federal de Santa Catarina, 1988, 208 p.

PIZARRO, Patrícia Ulson. "Interpretação Constitucional: O Método Hermenêutico-Concretizante". *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, n. 17, Outubro-Dezembro de 1996, p. 78-97.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, 745 p.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, 308 p.

ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Trad. de Genaro R. Carrió. 2. ed. argentina. Buenos Aires: Universitária, 1970, 375 p.

SALES, Martin Antônio. "Interpretação e Aplicação Constitucional". *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, n. 14, Janeiro-Março de 1996, p. 146-60.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, 181 p.

WARAT, Luis Alberto. *Mitos e Teorias da Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979, 159 p.